PROBLEME UM DIE VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE NACH § 19 AGBG

vorgelegt von

Wolfgang Kellner

1979

PROBLEME UM DIE VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE NACH § 19 AGBG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Wolfgang Kellner

1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent : Professor Dr. Rimmelspacher
Korreferent : Professor Dr. Schlosser
Tag der mündlichen Prüfung : 26. Juli 1979

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0033

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis		S 4
Abkürzungsverzeichnis		S 7
1.	Einleitung	S 9
2.	Rechtliche Notwendigkeit für die Einführung von § 19 AGBG	S 10
2.1	Schaffung eines Rechts über Allgemeine Geschäftsbedingungen	S 10
2.1.1	Die wissenschaftliche Diskussion	S 10
2.1.2	Die Entstehung des AGB-Gesetzes	S 12
2.2	Der prozeßrechtliche Teil des AGBG	S 15
2.3	Die rechtliche Sonderstellung von § 19 AGBG	S 22
3.	Das Wesen der Vollstreckungsabwehrklage	S 26
3.1	Gestaltungsklagen	S 26
3.2	Die Vollstreckungsabwehrklage als prozessuale Gestaltungsklage	S 29
3.3	Zulässigkeitsvoraussetzungen der Vollstreckungsabwehrklage	S 31
3.3.1	Besonderheiten des Rechtsschutzbedürfnisses bei Unterlassungspflichten	S 32
3.3.2	Die zulässigen Einwendungen im Rahmen der Klage nach § 767 ZPO	S 37

3.4	Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage	S 40
4.	Die Klage nach § 19 AGBG	S 42
4.1	Der Kreis der Klageberechtigten	S 42
4.2	Das besondere Rechtsschutzbedürfnis	S 50
4.2.1	Systematische Einordnung der "Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs"	S 50
4.2.2	Materieller Inhalt der "Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs"	S 54
4.3	Die Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats	S 56
4.3.1	Die Form der Entscheidung	S 56
4.3.2	Das Wesen der Entscheidung	S 58
4.3.3	Der Zeitpunkt der Entscheidung	S 61
4.4	Das Verhältnis zwischen Unterlassungsverfahren und Vollstreckungsabwehrklage	S 68
4.4.1	Stand des Unterlassungsverfahrens	S 68
4.4.2	Die Entscheidung im Unterlassungsverfahren	S 70
4.5	Frage der Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen i.S. von § 19 AGBG	S 75
4.5.1	Die Bedeutung von § 21, S. 1 AGBG	S 75
4.5.2	Auswirkungen der Abwehrklage auf das Unterlassungsurteil im Individualprozeß	S 77

5.	Möglichkeiten der analogen Anwendung von § 19 AGBG	S 82
5.1	Änderung der Gesetzgebung	S 82
5.2	Problem der "Ausgleichsklausel"	S 85
5.3	Änderung der allgemeinen Anschauung über die Unzulässigkeit von AGB-Klauseln	S 87
5.4	Anwendung von § 19 AGBG gegen Verwender und Empfehler	S 88
6.	Alternativen zu § 19 AGBG	S 90
6.1	§ 79 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz und seine Bedeutung für § 19 AGBG	S 90
6.2	Abgrenzung der Vollstreckungsabwehrklage von ähnlichen Rechtsinstituten	S 94
6.2.1	Die Abänderungsklage	S 95
6.2.2	Die Restitutionsklage	S 97
6.2.3	Beseitung der Rechtskraft mit Hilfe von § 826 BGB	S 100
6.3	Vergleich der Alternativmöglichkeiten mit § 19 AGBG	S 105
7.	Zusammenfassung	S 111

Literaturverzeichnis

Baumbach/Lauterbach	ZPO, 37. Auflage, München 1979
Blomeyer	Rechtskraft- und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage, AcP Bd. 165, S. 481 ff.
Dietlein	Neues Kontrollverfahren für AGB? NJW 1974, S. 1065 ff.
Gilles	Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielicht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZZP Bd. 83, S. 61.
Grunsky	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 1971, S. 1113 ff.
Grunsky	Zur zeitlichen Wirkung eines Urteils auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen; Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin 1978
Hiddemann	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze der Endverbraucher gegenüber allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, BRiZ 1974, S. 219 ff.
Keller	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1977, S. 184 ff.
Koch/Stübing	Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommentar, Neuwied/Darmstadt 1977.
Kühne	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1977, S. 133 ff.
Leonardy	Das AGB-Gesetz - kodifizierte Rechtsprechung oder verbesserter Verbraucherschutz? DRiZ 1976, S. 108 ff.

Löwe	Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1973, S. 585 ff.
Löwe	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, BB 1974, S. 1033 ff.
Löwe	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1977, S. 421 ff.
Löwe/Graf v. Westphalen/ Trinkner	AGB-Gesetz, Heidelberg 1977.
Lukes	Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig erschlichenen und ausgenutzten Urteilen, ZZP Bd. 72, S. 99 ff.
Maunz/Schmidt-Bleibtreu	Bundesverfassungsgerichtsgesetz München 1979.
Müller-Graff	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, S. 245 ff.
Palandt	BGB, 38. Auflage, München 1979.
Pinger	Die rechtspolitische Diskussion über eine Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1974, S. 705 ff.
Rosenberg/Schwab	ZPO, 11. Auflage, München 1974.
Schlosser	Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZRP 1975, S. 148 ff.
Schlosser/Coester-Waltjen/ Graba	Kommentar zum AGBG, Bielefeld 1977.

Stein/Jonas	ZPO, 19. Auflage, Tübingen 1972.
Thomas/Putzo	ZPO, 10. Auflage, München 1978.
Ulmer/Brandner/Hensen	AGB-Kommentar, 3. Auflage, Köln 1978.
Wolf	Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, S. 41 ff.
Wolf	Gesetz und Richterrecht bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, S. 465 ff.
Weber	Zur gesetzlichen Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb 1974, S. 1805 ff.
Weber	Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb, 1976, S. 2241 ff.
Zieres	Die Straffestsetzung zur Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen (§ 890 ZPO), NJW 1972, S. 751 ff.
Zöller	ZPO, 11. Auflage, München 1974.

Vermerk:

Ist ein Werk von mehreren Autoren verfaßt, so ist in den Fußnoten der Name des jeweiligen Bearbeiters zuletzt angeführt oder durch Unterstreichung kenntlich gemacht. Eine Ausnahme bilden die Kommentare von Koch/Stübing und Thomas/Putzo, in denen der jeweilige Bearbeiter nicht angegeben ist.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktGes	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BTDr	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfGerGes	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einf.	Einführung
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

OHG	Offene Handelsgesellschaft
RD.Nr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
sog.	sogenannt
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
Vers.R.	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Einleitung

Unser Zivilrecht ist im Hinblick auf Verträge über die Herstellung, den Vertrieb und Umsatz von Waren sowie die Erbringung bestimmter Leistungen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit und, hierauf basierend, dem des Individualvertrages beherrscht. Als Inhaltsschranken solcher Verträge sind lediglich ausdrückliche gesetzliche Verbote sowie sittenwidrige und wucherische Geschäfte festgelegt. Diese Prinzipien haben im Zuge der Industrialisierung und des sich ständig ausweitenden Wirtschaftsverkehrs dazu geführt, daß Teilnehmer am Geschäftsleben, die immer wieder die gleiche Art von Verträgen mit wechselnden Vertragspartnern abschließen, aus Rationalisierungsgründen ihren Verträgen ein bestimmtes Schema von gleichbleibenden Bedingungen zugrundelegen. Diese sog. " Allgemeinen Geschäftsbedingungen " bilden dann das feste Gerüst für die Geschäftsabschlüsse des jeweiligen Anwenders und sind aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Zweifellos haben AGB im Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr auch ihre Berechtigung, da sie zu Rationalisierung und Beschleunigung von Vertragsabschlüssen beitragen. Andererseits kann nicht übersehen werden, daß AGB häufig einseitig die Interessen des jeweiligen Anwenders widerspiegeln und die im BGB gewährte Vertragsfreiheit zum Nachteil vor allem des Letztverbrauchers vom wirtschaftlich Stärkeren in Anspruch genommen wird. Fast alle AGB zielen darauf ab, die Rechtsstellung des Unternehmers zu stärken, was notwendigerweise die Rechte des Kunden schmälert. Hinzu kommt, daß der juristische und wirtschaftliche Laie Tragweite und Bedeutung derartiger Bedingungen nicht abzuschätzen

vermag und meist auch dem "Kleingedruckten" zu wenig Beachtung schenkt. Selbst wenn jedoch der Kunde diese Gefahren erkennt, bleibt ihm nur die Wahl, entweder die ihm unbillig erscheinenden AGB anzuerkennen oder auf den Vertragsabschluß zu verzichten.

2. Rechtliche Notwendigkeit für die Einführung von § 19 AGBG

2.1 Schaffung eines Rechts über Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Aufnahme von § 19 in das AGBG ist zunächst vor dem Hintergrund der Entstehung dieses Gesetzes und der ihr vorausgehenden Auseinandersetzung in Wissenschaft und Rechtsprechung zu sehen, um der Frage gerecht werden zu können, ob § 19 nach dem angestrebten Zweck des AGBG erforderlich und gerechtfertigt ist oder ob seine Einführung einen gesetzgeberischen Fehler darstellt.

2.1.1 Die wissenschaftliche Diskussion

Schon seit Jahrzehnten bemühte sich die Rechtswissenschaft in umfangreichen Veröffentlichungen um eine Lösung dieser Problematik. Als bahnbrechend - und als solche auch allgemein gerühmt [1] - darf wohl die bereits im Jahre 1935 veröffentlichte Monographie von Ludwig Raiser über "Das Recht der allgemeinen Geschäfts-

---

1) vgl. z.B. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Einleitung Rd. Nr.21 oder Löwe in BB 1974, S. 1033

bedingungen" bezeichnet werden. Es kam jedoch damals zu keiner gesetzgeberischen Initiative, und die wissenschaftliche Diskussion verstummte wieder. In der Folgezeit hat die Rechtsprechung der Obergerichte, insbesondere des BHG, Grundsätze über eine richterliche Inhaltskontrolle von AGB entwickelt. Danach war auch bei einverständlicher Einbeziehung der AGB des Unternehmers in den Einzelvertrag von Fall zu Fall zu prüfen, ob die jeweiligen Bedingungen wirksamer Vertragsinhalt geworden sind oder ob ihnen die Gültigkeit wegen einseitiger Stärkung der Rechtsstellung des Unternehmers als rechtsmißbräuchlich zu versagen war.

Das neuerliche Aufleben der wissenschaftlichen Diskussion wurde wohl in erster Linie ausgelöst durch eine Veröffentlichung von Grunsky [2] im Jahre 1971. Er vertritt nämlich die These, es möge doch auf die Inhaltskontrolle von AGB gänzlich verzichtet werden, da sie "den Ereignissen immer nur hinterherlaufen" könne und zudem mit dem Risiko von Fehlentscheidungen behaftet sei. Grunsky empfiehlt demgegenüber, dem Mechanismus des Wettbewerbs innerhalb einer freien Marktwirtschaft zu vertrauen, und kommt zu dem Ergebnis, daß bei genügend Wettbewerb die Inhaltskontrolle von AGB sich deshalb erübrige, da niemand mehr gezwungen sei, unangemessene AGB zu akzeptieren, vielmehr jederzeit mit einem anderen Unternehmer kontraktieren könne. Grunskys Ansichten stießen jedoch im übrigen Schrifttum auf wenig Gegenliebe, es

---

2) BB 1971, S. 1113 ff.

wurde vielmehr allgemein dahin argumentiert, daß eine Kontrolle von AGB sehr wohl erforderlich und dies letztlich nur mit Hilfe des Gesetzgebers möglich sei. [3] Ihren Höhepunkt fand die rechtspolitische Diskussion um dieses Thema schließlich auf dem 50. Deutschen Juristentag im September 1974 in Hamburg, der sich mit Gesetzesentwürfen und Empfehlungen an den Gesetzgeber auseinandersetzte.

2.1.2 Die Entstehung des AGB-Gesetzes

Durch den immer lauter werdenden Ruf innerhalb der Rechtswissenschaft nach Eingreifen und Hilfe des Gesetzgebers schalteten sich die politischen Parteien und schließlich auch die Bundesregierung mit gesetzgeberischen Vorschlägen und auch kompletten Gesetzesentwürfen in die Diskussion ein. So hat etwa die Bundesregierung in ihrem Bericht zur Verbraucherpolitik vom 18.10.1971 nachdrücklich auf die Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes der Verbraucher gegenüber unangemessenen Vertragsbedingungen hingewiesen. Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungsnahme hierzu am 9.2.1972 ähnliche Forderungen erhoben. [4]

---

3) vgl. z.B. Wolf in JZ 1974, S. 465 ff., der das Eingreifen des Gesetzgebers als unentbehrlich bezeichnete; Hiddemann in DRiZ 1974, S. 219 ff., der entsprechende Kontrollverfahren forderte; Schlosser in ZRP 1975, S. 148 ff.; Pinger in MDR 1974, S. 705 ff.: "In erster Linie sollte die Änderung prozessualer Vorschriften in Betracht gezogen werden"; Löwe in BB 1973, S. 585 ff.

4) BTDr. 568/71

Die "Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen Südbayern" legte den Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, [5] dessen Kern auf Schaffung einer Bundesanstalt für Verbraucherschutz als Anstalt des öffentlichen Rechts und Genehmigung sämtlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen durch diese Anstalt abzielte.

Beim Bundesjustizministerium wurde eine Arbeitsgruppe "Verbesserung des Verbraucherschutzes gegenüber AGB" eingesetzt, deren Untersuchungsergebnisse vom Bundesminister der Justiz in zwei Teilberichten im März 1974 und März 1975 veröffentlicht wurden und die Grundlage für den von der Bundesregierung am 6.8.1975 vorgelegten Gesetzesentwurf [6] bildeten. Als Zielsetzung ist dabei die Absicht genannt, den Vertragsteil, der AGB unterworfen wird, also insbesondere den Letztverbraucher, vor unangemessenen, einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen zu schützen.

Parallel zu den Aktivitäten der Bundesregierung hatte der "Bundesarbeitskreis Christlich Demokratischer Juristen" (BACDJ) eine Fachkommission eingesetzt, die auf ihrer 10. Sitzung am 31.7.1974 ebenfalls den "Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen" verabschiedete, [7] der im Gegensatz zum Entwurf der Bundesregierung auch einen verfahrensrechtlichen Teil enthielt. Der Entwurf der Kommission des BACDJ war schließlich wiederum Anlaß und Grundlage des Entwurfs eines Gesetzes über AGB,

---

5) veröffentlicht in ZRP 1972, S. 148 ff.

6) BTDr. 7/3919 vom 6.8.1975

7) veröffentlicht im Betriebsberater 1974, Beilage 9

der von der Bundestagsfraktion der CDU/CSU am 31.1.1975 im Deutschen Bundestag eingebracht wurde. [8] Als Begründung für die Gesetzesinitiative wurde angeführt, daß die auf den Einzelfall beschränkte, bloße gerichtliche Inhaltskontrolle, wie auch Ansätze einer Selbstkontrolle der Wirtschaft sich als unzureichend erwiesen hätten. Es sei Ziel des Gesetzes, mehr Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit zugunsten des einzelnen Bürgers zu erreichen, ohne dabei das gemeinsame Interesse an einer gesunden Wirtschaft zu beeinträchtigen. Auf Empfehlung des Rechtsausschusses hat der Bundestag schließlich am 24.6.1976 in zweiter und dritter Lesung ein mit Verfahrensvorschriften ausgestattetes Gesetz einstimmig verabschiedet. [9] Wegen Bedenken gegen einzelne Bestimmungen hat der Bundesrat den Vermittlungsausschuß angerufen, [10] dessen Vorschlägen Bundestag und Bundesrat im November 1976 zustimmten, so daß am 1. April 1977 das "Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (AGBG) in Kraft treten konnte. Dieses Gesetz ist sicherlich eines der bedeutendsten und wichtigsten, welche auf zivilrechtlichem Gebiet in den vergangenen Jahren verabschiedet wurden, weshalb der Bundesminister der Justiz bei der abschließenden Beratung im Bundestag auch davon sprach, daß es sich hierbei "nicht nur um eine mehr oder weniger große Anzahl von Geschäftsbedingungen, sondern um eine Novellierung des Allgemeinen Teils unseres Schuldrechts" handle. [11]

---

8) BTDr. 7/3200 vom 31.1.1975

9) BTDr. 7/5422 vom 23.6.1976

10) BTDr. 7/5617 vom 19.7.1976

11) Bericht von der 253. Sitzung des Deutschen Bundestags vom 24.6.1976, 18067 D.

2.2 Der prozeßrechtliche Teil des AGBG

Am umstrittensten in der Diskussion um gesetzgeberische Maßnahmen und auch im Gesetzgebungsverfahren selbst war die Frage, ob für die Regelung des Rechts der AGB auch eigene prozessuale Vorschriften erforderlich seien oder nicht. Man war sich zwar weitgehend einig, daß der Schutzzweck des Gesetzes nur zu erreichen war, wenn ein wirksames System gefunden wurde, die Anwendung von Klauseln, die den Verwender einseitig bevorteilen und daher als unangemessen mißbilligt werden, zu verhindern. Über den Weg, der zu diesem Ziel führen sollte, herrschte jedoch Uneinigkeit. Läßt man die schon dargelegte Auffassung von Grunsky [12] einmal beiseite, so reicht die Spannweite der Meinungen von staatlicher Genehmigungspflicht aller in AGB verwendeten Klauseln bis hin zu der These, daß materielle Regeln - soweit möglich, nur in Form einer Generalklausel - ausreichen, um im Streitfalle auf dem Wege des auch bisher geübten Individualprozesses zwischen den beteiligten Vertragsparteien dem schwächeren Partner Gerechtigkeit zuteil werden zu lassen.

Die Verfechter der ersteren Auffassung waren und sind naturgemäß in den Reihen derer zu finden, die den Zweck des AGBG ausschließlich im Schutze des Letztverbrauchers vor unangemessenen einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen sehen. Aus dieser Sicht ist der schon zitierte Entwurf der "Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen Südbayern" [13] zu beurteilen.

---

12) vgl. oben 2.1.1

13) vgl. oben 2.2

Ähnlich sind auch die von der Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium im 2. Teilbericht [14] geforderten Maßnahmen zu bewerten, wonach für einen effektiven Verbraucherschutz ein nachträgliches abstraktes Prüfungsverfahren erforderlich sei, das zu der Feststellung führen müsse, daß die beanstandeten AGB gesetzwidrig seien. Die Ergebnisse dieses Prüfungsverfahrens müßten dann behördlich registriert werden und die Gerichte verpflichtet sein, derartige Prüfungsentscheidungen von Amts wegen zu berücksichtigen. Unterstützung fand diese Auffassung bei Schlosser, [15] der zu dem Ergebnis kommt, daß selbst die dem wettbewerbsrechtlichen Vorbild folgende Unterlassungsklage "kein allzu schneidendes Schwert" sei.

Mit Recht haben sich jedoch gegen die staatliche Genehmigungspflicht oder Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen warnende Stimmen erhoben, so daß dieser Gedanke in dem schließlich erlassenen Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat. So weist insbesondere Löwe [16] darauf hin, daß es verfassungspolitisch höchst bedenklich erscheine, "wenn in einem parlamentarisch verfaßten Rechtsstaat, der auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung basiert,

---

14) herausgegeben vom Bundesminister der Justiz im März 1975.

15) ZRP 1975, S. 148 ff.; ähnlich auch Wolf in JZ 1974, S. 41 ff.: "Am erfolgversprechendsten erscheint der Weg, eine öffentliche Behörde mit der Einleitung des gerichtlichen Prüfungsverfahrens zu betrauen."

16) vgl. BB 1973, S. 585 ff.

ausgerechnet eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber ermächtigt werden soll, für die typischen Bereiche des rechtsgeschäftlichen Handelns des Letztverbrauchers privat aufgestellte Klauselwerke zu genehmigen". Auch Hiddemann [17] bewertet die Nachteile einer Präventivkontrolle durch die allgemeine behördliche Genehmigungspflicht höher als deren Vorteile. Dem ist voll zuzustimmen, da vor allem nicht übersehen werden kann, daß auch durch die behördliche Genehmigung des AGB keine Verhinderung einer Fülle von Prozessen erreicht werden könnte, diese vielmehr lediglich von den ordentlichen Gerichten auf die Verwaltungsgerichte verlagert würden. Nach Art. 19 Abs. 4 GG ist nämlich jegliche Behördenentscheidung angreifbar und nachprüfbar, weshalb keinem Verwender von AGB im Falle eines gänzlichen oder teilweisen behördlichen Verbotes die Beschreitung des Rechtsweges versagt werden könnte.
Schließlich stünde auch die mit der Kontrolle befaßte Behörde vor einem Massenproblem, wenn alle Klauseln genehmigungspflichtig wären, die für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt sind. Die entscheidenden rechtspolitischen Bedenken bestehen jedoch darin, daß die staatliche Genehmigung von AGB-Klauseln einen gravierenden dirigistischen Eingriff in die Marktwirtschaft darstellen und das Privatrecht hin zum Wirtschaftsverwaltungsrecht bewegen würde.

Die Bedenken vor zuviel staatlicher Eingriffsmöglichkeit, vor zu starker Einengung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit und

---

17) vgl. DRiZ 1974, S. 222.

Unabhängigkeit führten dazu, daß verschiedentlich ein zumindest vorläufiger Verzicht auf prozeßrechtliche Vorschriften innerhalb des AGBG gefordert wurde. Daß der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 6.8.1975 keinen formellen Teil enthielt, ist zwar nur auf zeitliche Gründe zurückzuführen, da in der amtlichen Begründung dargelegt wird, daß verfahrensrechtliche Regelungen erst vorgeschlagen werden könnten, "wenn die im März 1975 veröffentlichten Empfehlungen der hierfür eigens eingesetzten Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz geprüft" seien. [18] Andererseits begründete Leonardy [19] seine Empfehlung, das AGBG ohne verfahrensrechtliche Vorschriften zu verabschieden, mit dem Erfordernis, die durch die materiellrechtlichen Bestimmungen auftretenden dogmatischen und praktischen Fragen zunächst zu erproben und zu diskutieren, um festzustellen, ob sie nicht schon allein geeignet seien, Mißbräuche zu unterbinden. Leonardy warnt dabei ausdrücklich "vor voreiligen Änderungen des Prozeßrechts".

Die Verabschiedung des AGBG mit einem verfahrensrechtlichen Abschnitt basierte auf der Erkenntnis, daß der angestrebte Gesetzeszweck nur durch "eine möglichst große Breitenwirkung der von den Gerichten ergehenden Entscheidungen zu erreichen" ist. [20] Voraussetzung hierfür ist jedoch, "daß die Mißbilligung einer Klausel nicht nur für ein bestimmtes Einzelvertragsverhältnis gilt, sondern deren Verwendung generell hindert". [21]

---

18) BTDr. 7/3919, S. 2

19) DRiZ. 1976, S. 107 ff.

20) Weber in der Betrieb 1974, S. 1805

21) Dietlein in NJW 1974, S. 1065

Die vom Gesetzgeber gefundene Lösung stellt einen - alles in allem begrüßenswerten - Kompromiß dar, indem sie die Einrichtung neuer Bürokratien vermeidet und andererseits sicherstellt, daß Entscheidungen über einzelne Klauseln allgemeine Geltung erlangen. Da die behördliche Genehmigungspflicht Allgemeiner Geschäftsbedingungen verworfen und demgegenüber der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Vorzug eingeräumt wurde, waren zur Erlangung der gewünschten Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen zwei Hindernisse zu überwinden; neben der "faktischen Breitenwirkung" der Kontrollfunktion mußte auch die "rechtliche Breitenwirkung" des entsprechenden Urteils gewährleistet sein. [22] Eine faktische Breitenwirkung zu erzielen war die weniger große Schwierigkeit, bot sich doch die bereits im Bereich des Wettbewerbsrechts bestehende Möglichkeit der Unterlassungsklage durch Interessenverbände [23] an. Diese Klageart sieht nun auch § 13 AGBG vor, wobei die Aktivlegitimation den Verbraucherverbänden, den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, ferner den Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern eingeräumt ist. Anders als in § 13 UWG, wo auch der betroffene Gewerbetreibende klagebefugt ist, sind die einzelnen, von unzulässigen Klauselwerken betroffenen Kunden nicht legitimiert, Unterlassungsansprüche zu erheben. Sie haben jedoch auch weiterhin die Möglichkeit, die Unwirksamkeit von

---

22) vgl. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz § 21, Anm. 1a.

23) vgl. § 13 UWG (Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb).

AGB im Individualprozeß geltend zu machen [24]. Ein zwingendes rechtspolitisches Bedürfnis nach der Individual-Unterlassungsklage ist auch nicht ersichtlich, ihre Zulassung würde vielmehr die Gefahr einer Häufung derartiger Klagen in sich bergen, da zu befürchten wäre, daß viele Vertragspartner von Klauselverwendern, die sich persönlich von einer AGB-Klausel in ihren Rechten beeinträchtigt fühlen, den Weg der Popularklage beschreiten würden, um so die Bedeutung und Dringlichkeit ihres Anliegens zu unterstreichen. Hier ist dem souveräneren Überblick und der größeren Sachkunde der klagebefugten Verbände mehr Vertrauen entgegenzubringen, wobei nicht verkannt werden soll, welche verantwortungsvolle Aufgabe diesen Verbänden dabei zukommt.

Die Erreichung der wünschenswerten "rechtlichen Breitenwirkung" war weitaus problematischer, da sie voraussetzte, daß ein Urteil gegen einen AGB-Verwender "auch Wirkungen für diejenigen Verträge entfaltete, die dieser Verwender unter Einbeziehung der mißbilligten AGB in Einzelverträgen mit Verbrauchern abgeschlossen hat". [25] Der einzelne Vertragsteil, der von AGB betroffen ist, deren Verwendung durch ein Unterlassungsurteil verboten ist, kann nämlich aus einem solchen Urteil keine unmittelbaren

---

24) Der Entwurf der Bundestagsfraktion von CDU/CSU sah noch die Unterlassungsklage des betroffenen Vertragsteils neben der Verbandsklage vor (§§ 26 und 27, BTDr. 7/3200, S. 6), doch herrschte im Rechtsausschuß Einigkeit darüber, daß die Klagebefugnis auf Verbände beschränkt werden sollte (BTDr. 7/5422, S. 10).

25) Löwe BB 1974, S. 1037

Vorteile ziehen, wenn dessen einzige Sanktion darin besteht, daß bei Zuwidrighandlung gegen den Klauselverwender ein Ordnungsgeld im Rahmen von § 890 ZPO verhängt werden kann. § 21 AGBG sieht daher vor, daß der betroffene Vertragsteil sich mit der Folge auf das Unterlassungsurteil berufen kann, daß die entsprechende Bestimmung in den AGB des verurteilten und der Verurteilung zuwiderhandelnden Verwenders als unwirksam anzusehen ist. Beruft sich also der Vertragspartner des Verwenders auf die bereits ergangene Entscheidung, so ist die fragliche AGB-Bestimmung ohne weiteres als unwirksam anzusehen, eine nochmalige Überprüfung der Wirksamkeit durch das Gericht findet nicht statt. Diese gesetzliche Regelung bedeutet eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung, wobei allerdings der Inhalt des fraglichen Unterlassungsurteils nicht von Amts wegen, sondern nur auf Einrede hin zu beachten ist [26]. Dennoch stellt die Bestimmung von § 21 AGBG insgesamt "einen vernünftigen Kompromiß dar". [27] Sie ermöglicht nämlich eine rechtlich angemessene Breitenwirkung eines Unterlassungsurteils, beschränkt diese aber auf Individualprozesse mit dem verurteilten Verwender. Außerdem führt die einredeweise in den Prozeß einzuführende Rechtskrafterstreckung zu praktikablen Lösungen, da sie die Gerichte davor bewahrt, in jedem Individualrechtsstreit um die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Amts wegen festzustellen, ob gegen

---

26) § 21 AGBG bestimmt ausdrücklich, daß eine AGBG-Bestimmung nur als unwirksam anzusehen ist, "soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft".

27) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 21 AGBG, Anm. 2d.

den prozeßbeteiligten Klauselverwender schon einmal ein Unterlassungsurteil ergangen ist.

2.3 Die rechtliche Sonderstellung von § 19 AGBG

Nach Darlegung und Durchleuchtung der rechtspolitischen Problematik und gesetzgeberischen Absichten bei Schaffung und Verabschiedung des AGBG, insbesondere seines prozessualen Teils, erscheint es leichter, der Rechtsstellung und Bedeutung von § 19 AGBG gerecht werden zu können, der im Schrifttum weitgehend auf Bedenken stößt, da er "eine auf dem Boden des bisherigen Verfahrensrechts außergewöhnliche und wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Rechtssicherheit höchst bedenkliche Regelung" darstelle. [28]

Die Einführung dieser Bestimmung, die der Entwurf der CDU/CSU - Bundestagsfraktion nicht vorsah, wurde im Bericht des Rechtsausschusses in lapidarer Kürze damit begründet, daß die Erweiterung der Vollstreckungsabwehrklage es einem verurteilten Verwender ermöglichen solle, eine drohende Vollstreckung aus dem Unterlassungsurteil abzuwehren, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung sich geändert hat.

Die Ablehnung dieser Vorschrift resultiert daraus, daß bisher allgemein anerkannt war, eine Änderung oder Abweichung der

---

28) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 1.

Rechtssprechung könne nicht mit einer Klage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden. [29] Diese Gründe haben auch den Bundesrat bewogen, den Vermittlungsausschuß anzurufen, um die ersatzlose Streichung von § 19 AGBG zu erreichen. [30] Dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses, die Bestimmung beizubehalten, haben dann jedoch sowohl Bundestag wie auch Bundesrat zugestimmt.

Unbeschadet der noch zu erörternden Frage, ob gerade die Zulassung der Vollstreckungsabwehrklage die beste gesetzgeberische Lösung darstellt, muß jedoch hier schon festgehalten werden, daß im Falle der Änderung der höchstrichterlichen Rechtssprechung eine Möglichkeit für den verurteilten AGB-Verwender bestehen muß, die Auswirkungen des Unterlassungsurteils mit einem erfolgversprechenden Gegenschlag angreifen zu können.

Erforderlich ist dies zum einen deshalb, weil die stärksten Impulse auf dem Rechtsgebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zur Inhaltskontrolle von AGB ausgegangen sind. Nunmehr hat zwar das AGBG in seinem materiellen Teil einen Katalog von sog. Klauselverboten aufgestellt, jedoch zusätzlich in § 9 eine Generalklausel geschaffen, wonach Bestimmungen in AGB immer dann unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Es besteht

---

29) Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, § 767, Anm. II, Fußnote 77.

30) BTDr. 7/5617, S. 5.

deshalb für die Gerichte weiterhin breiter Raum für Ermessensentscheidungen, um diese Generalklausel mit entsprechenden Inhalten auszustatten. Hinzu kommt, daß die Generalklausel des § 9 auch auf den durch AGB geregelten Geschäftsverkehr unter Kaufleuten Anwendung findet (vgl. § 24 AGBG) und dadurch noch besonders an Bedeutung gewinnt.

Tatsächlich sind aber Ansichten und Gebräuche im kaufmännischen Geschäftsleben einem steten Wandel unterzogen, der sich an den Erfordernissen des Wirtschaftslebens auszurichten hat. Was heute noch als unangemessene Benachteiligung anzusehen ist, kann schon morgen allgemein üblich sein. Da aber der Wandel der Anschauungen am ehesten seinen Niederschlag in der höchstrichterlichen Rechtssprechung findet und keineswegs davon ausgegangen werden kann, daß dieser Wandel immer zum Nachteil eines Verwenders von AGB ausfallen wird, muß eine Möglichkeit bestehen, daß einem verurteilten Klauselverwender die Änderung in der Rechtsanschauung auch zugutekommt. Die Verurteilung nach § 13 AGBG enthält nämlich ein Unterlassungsgebot und fordert vom Betroffenen ein bestimmtes dauerndes Verhalten, das bei Änderung der dem Verbot zunächst zugrundeliegenden Rechtsansicht keine Berechtigung mehr hat, da seine ursprünglich beabsichtigte Schutzwirkung fortgefallen ist.

Der zweite wesentliche Gesichtspunkt, der für die Bestimmung von § 19 AGBG spricht, ist aber, daß das AGB-Gesetz für den Klauselverwender stets einen erheblichen Eingriff in seine Dispositionsmöglichkeiten darstellt. Es stärkt zwar die Position des - wirtschaftlich meist schwächeren - Vertragspartners eines Verwenders von AGB, hindert letzteren aber z.B. durch seinen

§ 11 daran, selbst wenn der andere Vertragsteil einverstanden wäre, in Form von AGB bestimmte Vereinbarungen zu treffen, da die Klauselverbote nach § 11 AGBG eine entsprechende Klausel unwirksam sein lassen. Eine wirksame Vereinbarung wäre hier "also nur durch Individualvertrag möglich" [31], den der Verwender aus Rationalisierungsgründen aber gerade vermeiden will. Hier ist jedoch zu bedenken, daß der das AGBG in hohem Maße beherrschende Gedanke von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr selbstverständlich auch erfordert, daß Beschränkungen der Dispositionsmöglichkeiten nur solange wirksam sein dürfen, als dies zum Schutze eines am Wirtschafts- und Geschäftsleben Beteiligten erforderlich ist. Es mußte daher ein Regulativ geschaffen werden, trotz einer entgegenstehenden Gerichtsentscheidung dem Verurteilten die Möglichkeit einzuräumen, sich in Zukunft wieder in einer Weise am Geschäftsleben zu beteiligen, die auch anderen offensteht. Zweck des AGBG kann nämlich nicht nur die einseitige Stärkung der Position des Letztverbrauchers sein, sondern seine Bestimmungen und ihre Anwendung müssen aus Interesse am Funktionieren der Wirtschaft gewährleisten, daß der Handlungsfreiraum des Unternehmers nicht mehr eingeschränkt wird, als dies zum Schutze des Einzelnen nötig ist.

Von dieser Interessenlage aus gilt es daher, die Probleme der Vollstreckungsabwehrklage nach § 19 AGBG zu durchleuchten und abzuwägen, gilt es vor allem zu prüfen, ob die rechtssystematischen Bedenken gegen diese Vorschrift und die vielfach gegenüber dem Gesetzgeber geäußerten Vorwürfe einer übereilten, unüberlegten und unausgewogenen Handlungsweise [32] gerechtfertigt

---

31) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O. § 11 AGBG, Allgemeine Bemerkungen, Anm. 1

32) z.B. Schlosser/Coester/Graba, Kommentar zum AGBG, § 19, Rd. Nr. 1

sind oder nicht. Da jedoch § 19 AGBG ausdrücklich auf die Klage nach § 767 ZPO verweist, sind zunächst Wesen und Inhalt letzterer Bestimmung zu erläutern, um feststellen zu können, ob der Rechtsbehelf nach § 19 AGBG überhaupt in den Rahmen der Systematik einer Vollstreckungsabwehrklage paßt.

Hierbei wird der getrennten Darstellung der Probleme um § 767 ZPO der Vorzug gegenüber einem zusammengefaßten Vergleich der Bestimmungen von § 19 AGBG und § 767 ZPO eingeräumt, da diesem Vorgehen größere Klarheit und Übersichtlichkeit zukommt. Dabei soll allerdings der Umstand Beachtung finden, daß eine eingehende Würdigung der zu Fragen um § 767 ZPO vertretenen Meinungen nur soweit geboten ist, als diese Fragen auch im Rahmen von § 19 AGBG von Bedeutung sind.

3. Das Wesen der Vollstreckungsabwehrklage

3.1 Gestaltungsklagen

Die Vollstreckungsabwehrklage ist nach häufig vertretener Meinung eine Gestaltungsklage prozessualer Natur. [33)]

Eine Gegenansicht, die insbesondere von Blomeyer in AcP Band 165, S. 481 ff. mit beachtlichen Argumenten vertreten wird,

---

33) z.B. Zöller/Scherübl, ZPO, § 767 Anm. 1a; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 767 Anm. 1A; Thomas/Putzo, ZPO, § 767 Anm. 1; Stein/Jonas/Münzberg a.a.O., § 767 ZPO, Anm. II

geht davon aus, daß es sich um eine Leistungsklage handle, die darauf gerichtet sei, einen Beseitigungs- und (oder) Unterlassungsanspruch gegen den Vollstreckungsgläubiger durchzusetzen. Soweit nämlich die Vollstreckung durch den Gläubiger drohe, werde Unterlassung verlangt, soweit schon Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet seien, richte sich die Klage auf deren Beseitigung.

Hier soll jedoch der erstgenannten Meinung gefolgt werden, weil sich das Begehren des klagenden Schuldners auf Beseitigung oder Beschränkung der Vollstreckbarkeit tatsächlich auf eine Rechtsgestaltung richtet, da die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung durch das Urteil herbeigeführt wird, ohne daß danach noch eine bestimmte Leistung des verurteilten Gläubigers erforderlich wäre. Die Unterscheidung der Klageart ist von Bedeutung für die Frage des Streitgegenstandes und der daran anknüpfenden Rechtskraftwirkung (vgl. unter Ziff. 3.2).

Unter Gestaltungsklagen sind solche zu verstehen, die auf Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses abzielen. Sie unterscheiden sich von den Leistungsklagen dadurch, daß der Kläger sein Begehren nicht auf einen Anspruch stützt, aufgrund dessen der Beklagte zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichtet wird, sondern, daß vielmehr durch das angestrebte Urteil eine vorher nicht existente Rechtsfolge geschaffen werden soll. Das rechtskräftige Urteil ist essentielle Voraussetzung für den Eintritt der gewünschten Rechtsfolge, da diese durch bloße Vereinbarung der Parteien nicht erreicht werden kann.

Gestaltungsklagen sind immer dann zu erheben, wenn das Gesetz für die Ausübung eines Rechts ein Urteil voraussetzt, wie z.B. bei der Ehescheidung, bei Auflösung einer OHG, Anfechtung von Beschlüssen der Hauptversammlung einer AG oder bei einer Erbunwürdigkeitserklärung.

Vielfach wird hinsichtlich des vom Kläger zu behauptenden Rechts auf die begehrte Gestaltung die Meinung vertreten, daß es sich hier um ein öffentliches Recht handle, das auf Herbeiführung einer Rechtsänderung abziele und sich gegen den Staat richte, [34] jedoch ist der Auffassung, daß die Gestaltungsforderung privatrechtlicher Natur ist, [35] der Vorzug zu geben. Die gewünschte Rechtsbegründung, Rechtsaufhebung oder Rechtsabänderung setzt nämlich zwar zu ihrer Wirksamkeit einen gerichtlichen Entscheid voraus, sie findet ihren Ursprung jedoch nicht in hoheitlichem Handeln, also dem Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern basiert auf privatrechtlichen Vorgängen, wie sie sich unter Gesellschaftlern, Aktionären und Erben aufgrund des Gesellschaftsvertrages, der Aktionärsversammlung oder eines Erbvertrages abspielen und ergeben.

---

34) Stein/Jonas/Pohle, Anm. II 3b vor § 253 ZPO

35) Vergl. Thomas/Putzo, a.a.O., § 253 ZPO, Vorbem. II 3

3.2 Die Vollstreckungsabwehrklage als prozessuale Gestaltungsklage

Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO ist eine p r o z e s s u a l e Gestaltungsklage, da ihr Gegenstand nicht einen materiellen Anspruch, sondern nur die Vollstreckbarkeit des Urteils, das diesen materiellen Anspruch zugesprochen hat, betrifft. Dabei richtet sich die Klage nicht gegen eine einzelne Maßnahme der Zwangsvollstreckung, sondern generell gegen die Vollstreckbarkeit des Urteils oder bestimmter Teile des Urteils, also einzelner von mehreren zuerkannten Ansprüchen. Wegen des Klagebegehrens, das auf Beseitigung der Vollstreckbarkeit des angegriffenen Titels gerichtet ist, wird häufig argumentiert, daß Streitgegenstand des Vollstreckungsabwehrverfahrens lediglich die Frage der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung sei. [36] Nach einer Entscheidung des Reichgerichts vom 25.1.1911 [37] führt die Vollstreckungsklage "nicht zu einer neuen Entscheidung des rechtskräftig entschiedenen Prozesses nach Maßgabe des geänderten Sachverhalts, sondern die Entscheidung bleibt bestehen, und es wird nur, weil die neuen Einwendungen ergeben, daß der Anspruch nachträglich weggefallen ist, die Wirkung der Entscheidung als Vollstreckungstitel für diesen Anspruch aufgehoben".

---

36) Thomas/Putzo, a.a.O., § 767 ZPO, Anm. 2a, ebenso Zöller/Scherübl, a.a.O., § 767 ZPO, Anm. 1.

37) RGZ, Bd. 25, S. 201.

Die Antworten auf die Frage des Streitgegenstandes sind jedoch nicht einheitlich, sondern es mehren sich die Auffassungen, daß Gestaltungsurteile auch bezüglich des Gestaltungsgrundes der Rechtskraft fähig sind. Geht man davon aus, daß der Gestaltungsgrund hier in dem Wegfall des titulierten Anspruchs liegt, kommt man mit Blomeyer [38] zu der Ansicht, daß Gegenstand des Verfahrens einer Vollstreckungsabwehrklage das Bestehen des alten Anspruches ist. Bedenken gegen diese Meinung bestehen deshalb, weil Gegenstand der gerichtlichen Entscheidungen der prozessuale Anspruch ist, dessen Bestimmung dem Kläger obliegt. Folgt man der Anschauung von Blomeyer, so kann bei Abweisung der Abwehrklage eine Rechtskraftbindung bezüglich des Anspruches selbst geschaffen werden, was vom klagenden Schuldner häufig weder beabsichtigt noch gewünscht wird und daher den Rahmen der Dispositionsmaxime, also die Verfügungsfreiheit über den Streitgegenstand sprengt. Dies würde vielmehr "dazu führen, daß ein Schuldner, der gegen einen der Rechtskraft nicht fähigen Titel nach §§ 795, 767 klagt, im Falle der Klageabweisung dem Gläubiger auch noch zur rechtskräftigen Feststellung seines Anspruches verhelfen würde, obwohl mit der Klage nur die Vollstreckbarkeit des Titels bekämpft werden sollte; dies wäre eine unnötige Abkehr von der Dispositionsmaxime" [39].

Für die hier interessierende Frage der Klage nach § 19 AGBG besteht jedenfalls kein Bedürfnis, den Unterlassungsanspruch und seinen Fortbestand zum Gegenstand des Vollstreckungsabwehrverfahrens zu machen, da die - entscheidende - erweiterte Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils, die sich aus § 21, S. 1 AGBG ergibt, durch die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung

---

38) vgl. AcP Bd. 165, S. 493, ebenso Gilles in ZZP, Bd. 83, S. 81/83

39) vgl. Stein/Jonas/Münzberg a.a.O., § 767 ZPO, Anm. II

des § 21, S. 2 AGBG außer Kraft gesetzt wird, wenn die Voraussetzungen für eine Abwehrklage gegeben sind. Entscheidend ist aber für die Klage nach § 19 AGBG, daß Gegenstand der Rechtskraft "nicht die Anwendbarkeit oder Auslegung einer bestimmten Rechtsnorm" [40] ist. Wenn daher das Gericht der Klage nach § 13 AGBG einen Verstoß gegen ein Klauselverbot feststellt, der BGH dagegen dieselbe Klausel für zulässig erachtet, so bewirkt die Berufung des Abwehrklägers auf die BGH-Entscheidung in Form der Einwendung nach § 19 AGBG nicht, daß nunmehr ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehen würde, aufgrund dessen der ursprüngliche Unterlassungsanspruch des Abwehrbeklagten erloschen wäre. Es handelt sich vielmehr um eine Einwendung besonderer Art, die außerhalb des Streitverhältnisses der Parteien entstanden ist, weshalb hier davon auszugehen ist, daß eine Entscheidung nach § 19 AGBG den Bestand des Unterlassungsanspruches unberührt läßt, sondern nur seine Vollstreckbarkeit beseitigt.

3.3 Zulässigkeitsvoraussetzungen der Vollstreckungsabwehrklage

Ebenso wie bei anderen Klagen ist auch für die Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage erforderlich, daß die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen erfüllt sind, also diejenigen Umstände vorliegen, von deren Vorhandensein die Durchführung des Verfahrens abhängt.

---

40) vgl. Thomas/Putzo, a.a.O., § 322 ZPO, Anm. 5.

Im Rahmen dieser Arbeit von Bedeutung sind jedoch vor allem das Rechtsschutzbedürfnis und die Frage der zulässigen Einwendungen, da sich für letztere aus § 767 Abs. 2 ZPO eine wesentliche Einschränkung ergibt.

3.3.1 Besonderheiten des Rechtsschutzbedürfnisses bei Unterlassungspflichten

Für die Vollstreckungsabwehrklage als prozessuale Gestaltungsklage sind Kriterien des Rechtsschutzbedürfnisses das Vorliegen eines Titels, der dem Gläubiger die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung eröffnet, ohne daß es darauf ankommt, ob mit dieser bereits begonnen wurde. Auf den Beginn der Zwangsvollstreckung hat der Schuldner nämlich keinen Einfluß, weshalb ihm nicht zugemutet werden kann, das Verhalten des Gläubigers abzuwarten; dies auch dann nicht, wenn möglicherweise Zusicherungen des Gläubigers vorliegen, nicht oder nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt zu vollstrecken. [41]

---

41) Anders ist es allerdings dann, wenn die Parteien in Form eines Prozeßvertrages eine sog. vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung getroffen haben, wonach die Vollstreckung nicht oder nur nach Eintritt bestimmter Bedingungen betrieben werden soll. Hier ist streitig, ob bei Nichteinhaltung der Vereinbarung die Erinnerung nach § 766 ZPO zulassen müssen, wenn die Vereinbarung die Geltungmachung des Anspruchs unmöglich macht, weil sie die Vollstreckung auf Dauer ausschließt.

Andererseits ist die Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung nicht mehr gegeben und entfällt damit auch das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Titel, gegen die Klage nach § 767 sich richtet, völlig abgeschlossen und beendet ist. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger hinsichtlich des im Titel zuerkannten Anspruchs und hinsichtlich der Kosten voll befriedigt ist. Gerade daraus ergibt sich aber in den hier interessierenden Fällen eine Besonderheit, da Vollstreckungstitel, die einen Unterlassungsanspruch zuerkennen, vom Schuldner nicht, wie bei den gewöhnlichen Leistungsurteilen, ein einmaliges Handeln, sondern ein auf Dauer gerichtetes Verhalten fordern. Hier entfällt daher das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsabwehrklage nicht, wenn die nach § 890 ZPO vorzunehmende Vollstreckung wegen eines vom Gläubiger geltendgemachten Verstoßes des Schuldners gegen die ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung abgeschlossen ist. Der Abschluß der Zwangsvollstreckung führt nämlich nicht zu ihrer Beendigung. Aus der Natur des Unterlassungsanspruchs, wie auch aus dem Wortlaut von § 890 ZPO [42] ergibt sich nämlich, daß der Gläubiger aus einem Unterlassungsurteil nicht

---

42) Abs. 1 von § 890 ZPO legt ausdrücklich fest, daß der einer Unterlassungsverpflichtung zuwiderhandelnde Schuldner auf Antrag des Gläubigers "wegen einer jeden Zuwiderhandlung" zu Ordnungsgeld oder Ordnungshaft zu verurteilen ist. Eine zahlenmäßige Beschränkung der möglichen Verurteilungen enthält die Bestimmung nicht.

nur einmal, sondern jedesmal von neuem vollstrecken kann, wenn der Schuldner die Unterlassungspflicht nicht beachtet. Das Rechtsschutzbedürfnis des Vollstreckungsschuldners auf Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage ist demnach bei Urteilen, die Unterlassungspflichten festschreiben, weitgehend als bei sonstigen Titeln, und zwar der weit umfänglicher drohenden Zwangsvollstreckung. Diese ist nämlich nicht nur wiederholbar, sondern ermöglicht massive Zwangsmaßnahmen in Form des Freiheitsentzuges und hat damit quasi strafrechtlichen Charakter. In welcher Form dem Bedürfnis nach erweitertem Rechtsschutz im Rahmen der Klage nach § 19 AGBG Rechnung getragen werden kann, wird weiter unten noch darzulegen sein. [43)]

Weiter stellt sich die Frage, ob das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers an der Vollstreckung aus dem die Unterlassungspflicht festlegenden Urteil zugleich das Rechtsschutzbedürfnis auf Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage gegen dieses Urteil beeinflußt oder nicht. Nach weit vertretener Meinung setzt nämlich die Vollstreckung nach § 890 ZPO neben dem Titel auch ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers voraus, wobei die Ansichten lediglich darüber auseinandergehen, ob diesesGläubigerinteresse zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung

---

43) vgl. unten Ziff. 4.2

durch den Schuldner oder noch zum Zeitpunkt des "Strafausspruches" nach § 890 ZPO vorliegen muß. [44)]

Ein solches Rechtsschutzbedürfnis ist jedoch bis zum Zeitpunkt des "Strafausspruches" zu fordern, da der quasi strafrechtliche Charakter der Vollstreckungsmaßnahmen berücksichtigt werden muß, deren Verhängung nur gerechtfertigt ist, wenn an der Durchsetzung eines zivilrechtlichen Urteils noch ein Interesse des Gläubigers besteht. Andernfalls würde die Bestrafung des Schuldners zum Selbstzweck und solches ist schon nach dem allgemeinen Grundsatz des Schikaneverbots, der auch im Bereich der Zwangsvollstreckung zu beachten ist, nicht rechtens.

Es ließe sich nun folgern, daß ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers an der Zwangsvollstreckung zugleich die Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners unzulässig werden läßt, da mangels drohender Zwangsvollstreckung deren Abwehr nicht mehr erforderlich ist. Dies wäre jedoch eine Scheinargumentation. Es hieße nämlich die Anforderungen an den Schuldner im Rahmen seiner Beibringungspflicht überspitzen, wollte man ihm die Verpflichtung auferlegen, bei Erhebung

---

44) vgl. Zöller/Scherübl, a.a.O., § 890 ZPO Anm. 1c; Thomas/Putzo a.a.O., § 890 ZPO Anm. 2a; Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 890 ZPO, Anm. 3 B m.w.N.; gegen ein solches Rechtsschutzbedürfnis, da es dem System der Zangsvollstreckung fremd sei: Zieres in NJW 1972, S. 752, 753 und Stein/Jonas/Münzberg a.a.O., § 890 ZPO, Anm. III4, mit zahlreichen Rechtssprechungsnachweisen.

der Abwehrklage Tatsachen zu berücksichtigen und zu werten, die im subjektiven Verantwortungsbereich des Gäubigers und Prozeßgegners liegen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß dem Vollstreckungsschuldner die Vollstreckung dann noch droht, solange der Titel Bestand hat und die Zwangsvollstreckung aus ihm nicht vollständig beendet ist. In diesen Fällen ist das Rechtsschutzbedürfnis an der Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage zu bejahen; auf Umstände, die in der Person und den Verhältnissen des Gläubigers begründet sind, kann es nämlich nicht ankommen.

Festzustellen ist bezüglich des Rechtsschutzbedürfnisses schließlich noch, daß die Klage nach § 767 ZPO nicht voraussetzt, daß der Titel, gegen den sie sich richtet, bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Sie kann vielmehr anstelle eines anderen zulässigen Rechtsmittels erhoben werden. [45] Hat dagegen der Schuldner bereits einen zulässigen Rechtsbehelf gewählt, dann ist die zusätzliche Vollstreckungsabwehrklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. [46]

---

45) Dies gilt allerdings nicht, wenn ein Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid vorliegen, gegen die noch Einspruch eingelegt werden kann; in diesen Fällen ist die Vollstrekkungsgegenklage ausdrücklich ausgeschlossen.

46) vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 767 ZPO, Anm. 4A

3.3.2 Die zulässigen Einwendungen im Rahmen der Klage nach § 767 ZPO

Die entscheidende Beschränkung der Vollstreckungsabwehrklage ergibt sich aus § 767 Abs. 2 ZPO, wonach nur solche Einwendungen gegen das angegriffene Urteil vorgebracht werden können, die auf Gründen beruhen, die erst nach der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist, entstanden sind und die auch durch Einspruch, also bei Versäumnisurteilen und Vollstreckungsbescheiden, nicht mehr geltend gemacht werden können.

Den Zeitpunkt des Entstehens der behaupteten Einwendung muß man wohl zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Abwehrklage zählen, da dieser Zeitpunkt darüber entscheidet, ob das Gericht Inhalt und Stichhaltigkeit der Einwendung überhaupt prüft, oder die Klage schon deshalb abweist, weil die fragliche Einwendung bereits im Prozeß, in dem über den Anspruch entschieden wurde, hätte erhoben werden können.

Zwar herrscht in Rechtssprechung und Schrifttum weitgehend Einigkeit, daß die Frage, wann eine Einwendung "entstanden" ist, nach materiellem Recht zu beurteilen ist [47] und es hierbei insbesondere auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Schuldners nicht ankommt, sondern allein die objektive Rechtslage entscheidend ist. In Bezug auf die Gestaltungsrechte, wie

---

47) Stein/Jonas/Münzberg § 767 ZPO Anm. II 2c; Thomas/Putzo a.a.O, § 767 ZPO, Anm. 6c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 767 ZPO, Anm. 4B.

Anfechtung, Rücktritt oder Aufrechnung, gehen die Meinungen jedoch erheblich auseinander. Hier wird vielfach argumentiert, daß die Tatsachen, auf denen die jeweilige Einwendung beruht, erst entstehen, wenn das Gestaltungsrecht ausgeübt wird, da erst dadurch der Anspruch vernichtet werde.[48] Mit dieser Auffassung findet ein subjektives Moment beim "Entstehen von Einwendungen" im Sinne von § 767 Abs. 2 ZPO Berücksichtigung, da die Möglichkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts jedenfalls die Kenntnis der Umstände und Tatsachen voraussetzt, auf denen das Gestaltungsrecht beruht. Ablehnung findet diese Ansicht bei Baumbach/Lauterbach, die unter Berufung auf die Rechtssprechung von Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht ausführen, daß es belanglos sei, "ob die Einwendung Wirkungen erst zufolge einer Willenserklärung des Schuldners äußert".[49] Die Meinung des Bundesgerichtshofs findet sich vor allem im Urteil vom 16. Februar 1961,[50] in welchem zu dieser Frage ausgeführt ist: "Es wird allgemein anerkannt, daß durch § 767 Abs. 2 ZPO grundsätzlich Einwendungen schon dann ausgeschlossen werden, wenn sie objektiv in der nach Vorschrift maßgebenden letzten Verhandlung hätten geltend gemacht werden können. Darauf, ob gerade der Schuldner sie nicht erheben konnte, etwa weil er sie nicht kannte, kommt es nicht an. . . . Die Härten, die in dieser Regelung für den Schuldner liegen mögen, hat das Gesetz bewußt in Kauf genommen, um den rechtskräftigen Titel in weitem Umfange vor nach-

---

48) Thomas/Putzo a.a.O., § 767 ZPO Anm. 6c m.w.N., Rosenberg/Schwab, 11. Auflage, § 183, III, 2a.

49) Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 767 ZPO Anm. 4B.

50) vgl. BGHZ, Bd. 34, S. 275 ff.

träglichen Einwendungen des Schuldners zu schützen und die Hindernisse zu begrenzen, die der Vollstreckung aus dem Titel bereitet werden können". Mit dieser Entscheidung hat der BHG eindeutig bei Abwägung der Interessenlagen einerseits des Vollstrekkungsschuldners nach materieller Gerechtigkeit und andererseits des allgemeinen Verlangens nach Rechtssicherheit, dem Gedanken der Rechtssicherheit den Vorrang eingeräumt.

Die Darlegung dieses Meinungsstreits ist von besonderer Bedeutung für die Vorschrift des § 19 AGBG, da die Präklusionswirkung der dort eingeräumten speziellen Einwendungen einer nachträglichen abweichenden Entscheidung auch wesentlich davon beeinflußt wird, wie weit hier allein auf die objektive Sachlage [51] des Zeitpunktes der Entscheidung oder die subjektive Kenntnis des Betroffenen AGB-Verwenders abzustellen ist. Die weitere Einschränkung des § 767 Abs. 3 ZPO, wonach der Schuldner in der zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen muß, die er zum Zeitpunkt der Klageerhebung geltend zu machen imstande war, ist für Klagen im Rahmen von § 19 AGBG dagegen von untergeordneter Bedeutung, da kaum anzunehmen ist, daß der Bundesgerichtshof oder der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe in kürzerer Zeit mehrere Entscheidungen unterschiedlicher Tragweite zur selben Rechtsfrage erlassen, für den betroffenen Klauselverwender jedoch ein Urteil genügt, um die Vollstreckungsabwehrklage erheben zu können. Soweit es jedoch um die Frage

---

51) worauf der Wortlaut der Bestimmung zunächst hindeutet.

geht, ob eine nicht wörtlich, aber dem Sinngehalt nach gleichbedeutende Klausel nachträglich für zulässig erachtet wurde, kann § 767 Abs. 3 ZPO zu beachten sein, indem der Klauselverwender gehalten ist, alle einschlägigen Urteile in seiner Klage heranzuziehen, um in einer erneuten Vollstreckungsabwehrklage nicht mit einer schon früher möglich gewesenen Einwendung ausgeschlossen zu sein.

3.4 Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

Voraussetzung für die Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage sind zunächst Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien, die sich in umgekehrter Weise wie im angegriffenen Urteil darstellen müssen. Der Kläger muß demnach Vollstreckungsschuldner, der Beklagte Vollstreckungsgläubiger sein. [52] Ferner muß eine durch § 767 Abs. 2 ZPO nicht ausgeschlossene Einwendung als begründet festgestellt sein, deren Wirksamkeit nicht durch eine Replik [53] des Beklagten aufgehoben ist. Inhalt und Wortlaut von §767 Abs. 2 ZPO bedingen, daß nur rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen in Betracht kommen können, da nur sie nachträglich entstehen können, während rechtshindernde Einwendungen von

---

52) Eine Ausnahme gilt insoweit im Falle der Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel, vgl. § 727 ZPO.

53) Darunter sind rechtserhaltende Tatsachen zu verstehen, welche den Einwendungen und Einreden des Prozeßgegners entgegengesetzt werden und sie wirkungslos machen.

Anfang an vorliegen. [54] Die rechtshindernden Umständen, wie z.B. Vorliegen eines gesetzlichen Verbotes, Sittenwidrigkeit oder die Geschäftsunfähigkeit eines Vertragspartners lassen nämlich den materiell-rechtlichen Anspruch gar nicht entstehen. Die rechtsvernichtenden Einwendungen, wie Anfechtung, bringen dagegen einen zunächst bestehenden Anspruch zum Erlöschen, während die rechtshemmenden Einreden, wie Verjährung, Stundung oder Vorliegen eines Zurückbehaltungsrechtes die Geltendmachung eines bestehenden Anspruches vorübergehend oder dauernd unmöglich machen.

Aus dieser Beschränkung der Einwendungen folgt, daß solche Einwendungen, welche die Wirksamkeit des Urteils selbst betreffen, nicht durch die Klage nach § 767 ZPO geltend zu machen sind. Ein Streit über Inhalt und Umfang des Urteils oder auch eines Vergleichs erfordert daher eine Feststellungs- oder erneute Leistungsklage. Desgleichen fallen solche Einwendungen nicht unter § 767 ZPO, die sich mit der Art der Zwangsvollstreckung, also ihren prozessualen Voraussetzungen, befassen. Hier stehen vielmehr als

---

54) Dies ist, so Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 767 ZPO Anm. 2A, die "ganz herrschende Meinung". Gegen sie wendet sich Gilles in ZZP Bd. 83, S. 61, indem er ausführt, daß auch rechtshindernde Einwendungen im Wege der Vollstreckungsabwehrklage erhoben werden können, da "Einwendungen" im Sinne von § 767 ZPO nicht als materiellrechtliche, sondern rein prozessuale Begriffe anzusehen seien. Konsequent folgert Gilles daher auch, daß Gegenstand der Vollstreckungsabwehrklage das Bestehen des alten Anspruches sei (vgl. oben 3.2).

Rechtsbehelfe die Erinnerung nach § 766 ZPO, der Antrag auf Aufhebung der Vollstreckungsklausel nach § 732 ZPO oder daneben auch die Klage wegen Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO zur Verfügung.

4. Die Klage nach § 19 AGBG

4.1 Der Kreis der Klageberechtigten

Beim Studium der Vorschrift von § 19 AGBG fällt als erstes ins Auge, daß die Klagebefugnis nur dem Verwender von AGB zugestanden wird, dem im Wege des Verfahrens nach § 13 AGBG die Verwendung einer bestimmten Klausel untersagt worden ist. Ein Hinweis auf den Empfehler von AGB fehlt dagegen völlig. Die Unterlassungsklage nach § 13 AGBG ist aber sowohl gegen den Verwender, als auch gegen den Empfehler von AGB eröffnet, wobei letzterer sogar noch die ungünstigere Position einnimmt, da er nicht nur auf Unterlassung seiner Empfehlung, sondern auch auf Widerruf der empfohlenen AGB in Anspruch genommen werden kann (§ 13 Abs. 1 AGBG). Gesetzgeberische Motive für diese Unterscheidung sind nicht ohne weiteres zu erkennen. Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat zwar in seiner Begründung zu § 13 AGBG dargelegt, daß Unterlassungs- und Widerrufsanspruch dazu dienen sollen, "daß unwirksame Bedingungen schon im Stadium der Empfehlung und nicht erst nach ihrer Verwendung eliminiert werden", [55] hat jedoch keine Ausführungen

---

55) BTDr. 7/5422 v. 23.6.76, S. 10.

dazu gemacht, warum die Vollstreckungsabwehrklage nach § 19 AGBG allein dem Verwender zustehen soll.

Als Grund für diese unterschiedliche Behandlung läßt sich vermuten, daß der Anwendungsbereich von § 19 AGBG als eines neu geschaffenen Sonderrechtsbehelfs eng gehalten werden sollte und daher der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß bezüglich des Empfehlers keine Notwendigkeit besteht, ihm diesen Rechtsschutz angedeihen zu lassen, da nur der Verwender durch ein Unterlassungsurteil nach § 13 AGBG in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt ist. In dieser Richtung argumentiert auch Hensen, wenn er ausführt, Empfehler könnten deshalb keine Klage nach § 19 AGBG in Verbindung mit § 767 ZPO erheben, "weil sie regelmäßig die zweite Klagevoraussetzung, nämlich die durch eine Zwangsvollstreckung eintretende unzumutbare Beeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebes, nicht darzutun" [56] vermöchten.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Mit Recht weist Löwe darauf hin, daß "auch der zur Unterlassung verurteilte Empfehler mit der weiteren Vollstreckung aus dem Unterlassungsurteil zu rechnen hat, also ebenfalls beschwert ist". [57] Auch der gesetzgeberische Sinn der Unterlassungsklage gegen den

---

56) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, § 19, Rd. Nr. 2; ebenso Palandt a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 2a.

57) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 3.

Empfehler, nämlich "die zentrale Stelle der Marktverseuchung zu erfassen", [58] rechtfertigt eine Schlechterstellung im Hinblick auf die Vollstreckungsabwehrklage nicht, weil die Vollstreckung aus dem Unterlassungsurteil jegliche Schutzfunktion verliert, wenn der Bundesgerichtshof abweichend vom fraglichen Unterlassungsurteil entschieden hat, daß die streitgegenständliche Klausel nicht gegen die Bestimmungen des AGBG verstößt und daher von jedermann verwendet werden kann.

Dennoch genügt die einfache Feststellung nicht, man müsse "auch dem Empfehler den Rechtsbehelf (nach § 19 AGBG) zuerkennen". [59] Man kann sich nämlich nicht ohne weiteres über den Gesetzestext hinwegsetzen, "zumal der Wortlaut eindeutig ist". [60] Wo nämlich das AGBG sonst den Begriff des Verwenders gebraucht, z.B. in § 9 Abs. 1, "handelt es sich um die in § 1 Abs. 1 definierte Person", [61] also eine Vertragspartei, die der anderen Vertragspartei vorformulierte Bedingungen bei Abschluß eines Vertrages stellt. Nachdem § 19 AGBG ausdrücklich nur den "Verwender", nicht jedoch den "Empfehler" erwähnt, letzterer aber aus der Vollstreckung eines Unterlassungstitels gleichermaßen beschwert ist, erscheint diese Ungleichbehandlung auf den ersten

---

58) Schlosser/Coester/Graba, Kommentar zum AGBG, § 19, Rd. Nr. 4.

59) Schlosser/Coester/Graba a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 4.

60) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 3.

61) Löwe, JuS 1977, S. 427.

Blick verfassungsrechtlich bedenklich. [62] Solche Bedenken lassen sich jedoch durch die sinngemäße, also analoge Anwendung der Vorschrift des § 19 AGBG ausräumen. Eine Rechtsnorm, die für einen bestimmten Fall erlassen worden ist, muß deshalb nicht notwendigerweise für alle übrigen Fälle unanwendbar sein, sondern "auch hier entscheidet der Zweck des Gesetzes". [63] Es ist Aufgabe der Gerichte, wenn eine bestimmte Vorschrift eine Lücke enthält, so daß ihr Wortlaut entscheidungsbedürftige Lebenssachverhalte nicht deckt, diese Lücken rechtsschöpferisch auszufüllen, wenn das Recht es gebietet. Nach Art. 20, Abs. 3, GG ist die Rechtssprechung nämlich an Gesetz und Recht gebunden, wobei letzteres über das geschriebene Gesetz hinausgehen kann.

Legt man diesen Maßstab bei gleichzeitiger Berücksichtigung der gesetzgeberischen Absicht an die Bestimmung des § 19 AGBG, so kommt man sehr wohl zu dem Ergebnis, daß die Klagemöglichkeit auch dem Empfehler von AGB offensteht, soweit er dem Verwender gleichzusetzen ist. Aus der Sicht des Gesetzgebungsvorgangs ist dabei zunächst zu beachten, daß das Gesetz in § 1 Abs. 1 zwar eine Legaldefinition des Verwenders enthält, eine solche für den Empfehler aber fehlt, ja sogar der Begriff als Substantiv überhaupt nicht gebraucht wird. Zum anderen ist zu

---

62) Der Gleichheitssatz nach Art. 3 GG bindet auch den Gesetzgeber. Er verbietet, daß wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird und ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden läßt.

63) Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., Einleitung III, Anm. 5D.

bedenken, daß innerhalb der formellen Vorschriften des AGB-Gesetzes § 13 "das Kernstück des verfahrensrechtlichen Teils ist". [64]

In § 13 AGBG sind aber Verwender und Empfehler gleichberechtigt oder besser gleichverpflichtet nebeneinandergestellt, indem sie in gleicher Weise von den Sanktionen der Unterlassungsklage bedroht werden. Der Gesetzeswortlaut läßt hier erkennen, daß verfahrensrechtlich ein Empfehler wie ein Verwender anzusehen ist und behandelt werden soll. Dies bedeutet aber andererseits, daß ein Empfehler auch den Schutz von § 19 AGBG für sich in Anspruch nehmen können muß, wenn er dieses Schutzes nach dem durch § 19 AGBG verfolgten Zweck bedarf.

Zieht man nun aber den Wortlaut von § 19 AGBG heran, so ergibt sich daraus, daß die Abwehrklage den Verwendern offensteht, die allgemeinen Geschäftsbedingungen geschäftsmäßig verwenden, da in der Klage darzutun ist, daß durch die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nach § 13 AGBG ihr Geschäftsbetrieb in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird. Der Zweck einer Klage gem. § 19 AGBG ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichtet, indem die Chancengleichheit zwischen Wettbewerbern, die eine Klausel verwenden können und solchen, denen die Verwendung nach § 13 AGBG untersagt ist, wiederhergestellt werden soll. Damit ergibt sich die Schlußfolgerung, daß die Klagemöglichkeit nach § 19 AGBG auch solchen Empfehlern von AGB eröffnet werden muß, deren Empfehlungen auf den geschäftsmäßigen Gebrauch solcher AGB ausgerichtet sind. Man kann diesen Personenkreis als Empfehler für geschäftsmäßige Zwecke oder auch als kommerzielle Empfehler bezeichnen. Es werden damit von diesem Begriff sowohl Verleger und Händler von Büchern mit AGB-Mustern, als auch Wirtschaftsverbände erfaßt, soweit sie ihren Kunden oder Mitgliedern die geschäftsmäßige, also kommerzielle Verwendung von AGB anempfehlen.

---

64) vgl. Keller in MDR 1977, S. 187

Problematisch ist jedoch noch, daß für die Klage eines Empfehlers nach § 19 AGBG auch die unzumutbare Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes durch die fehlende Verwendungsmöglichkeit einer bestimmten Klausel gegeben sein muß. Diese Voraussetzung trifft auf den klagenden Empfehler insoweit nicht zu, als er die fragliche Klausel ja nicht selbst verwendet, sondern nur weiterempfiehlt. Hier ist jedoch aus der oben dargelegten wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Zwecks von § 19 AGBG festzuhalten, daß die Tätigkeit des kommerziellen Empfehlers mittelbar wirtschaftlichen Interessen dient, nämlich denjenigen dessen, an den sich die Empfehlung richtet. Aus dieser Erkenntnis heraus ist zu folgern, daß bei der Empfehlungsklage die Frage der Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes sich nicht unmittelbar nach den Belangen des Klägers zu richten hat, sondern nach den Belangen und Voraussetzungen des Personenkreises, an den sich die Empfehlungen des Klägers richten. Der aus § 19 AGBG klagende Empfehler hat deshalb darzutun, daß der Geschäftsbetrieb seiner Empfehlungsempfänger oder zumindest eines Teils davon in unzumutbarer Weise beeinträchtigt ist, wenn er die nach § 13 AGBG untersagte Klausel nicht verwendet.

Auf den Umstand, daß den Verwendern selbst die Verwendung der fraglichen Klausel nicht verboten ist, kann es dabei nicht ankommen, da in jedem Fall zu berücksichtigen ist, daß die potentiellen Verwender einer empfohlenen Klausel von der Möglichkeit der Verwendung u.U. gar keine Kenntnis erlangen, wenn die Empfehlung dieser Klausel untersagt ist.

Festzuhalten ist daher, daß sich bei Zugrundelegung des Zwecks von § 19 AGBG und aus der Zusammenschau von § 1, § 13 und § 19 des Gesetzes ergibt, daß die Vollstreckungsabwehrklage auch dem

kommerziellen Empfehler von AGB offensteht, da auch bei ihm ein rechtliches Bedürfnis hierfür besteht, welches durch die analoge Anwendung der Bestimmung erfüllt wird.

Es bleibt jedoch ein - allerdings wohl äußerst kleiner - Personenkreis, den man als "Gelegenheitsempfehler" bezeichnen kann, der die Verwendung von AGB empfiehlt, ohne damit eigene wirtschaftliche Interessen wahrzunehmen. Zu denken ist hier etwa an ein Gefälligkeitshandeln oder an die gelegentliche Veröffentlichung eines Artikels in einer Zeitschrift, [65] deren Inhalt und Zielsetzung nicht grundsätzlich auf die Empfehlung von AGB ausgerichtet ist. Wird ein solcher Empfehler zu Unterlassung und Widerruf verurteilt, so steht ihm allerdings die Klage nach § 19 AGBG nicht offen, selbst wenn dessen sonstige Voraussetzungen sämtliche vorliegen, da die wirtschaftliche Komponente auf Seiten des Empfehlers fehlt. Die hier fehlende Klagebefugnis bedeutet keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, da nicht Gleiches ungleich behandelt wird, weil das Unterlassungsgebot anders, als beim kommerziellen Empfehler, niemandens wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einengt. Dennoch ist auch der Gelegenheitsempfehler nicht schutzlos. Wenn es ihm auch verwehrt ist, im Aktivprozeß die Vollstreckungsabwehrklage zu

---

65) Außer Betracht zu bleiben haben allerdings wissenschaftliche Diskussionsbeiträge, da es sich hier nicht um Empfehlungen im rechtsgeschäftlichen Bereich handelt, sondern um wertende Äußerungen, die kommentierender Natur und durch Art. 5, Abs. 3 GG geschützt sind (vgl. BTDr. 7/5422 vom 23.6.1976, S. 10).

erheben, so kann er doch im Falle eines Bestrafungsantrages des im Unterlassungsverfahren obsiegenden Verbandes einwenden, daß trotz eines Verstoßes gegen das Unterlassungsgebot kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckung aus dem Urteil mehr gegeben ist, da zwar das Urteil nach wie vor Bestand hat, seine Schutzfunktion aber durch die nachträgliche, gegenteilige BGH-Entscheidung fortgefallen ist. Die Vollstreckung aus dem Unterlassungsurteil nach § 890 ZPO setzt nämlich, wie oben dargelegt, [66] ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers voraus, auf dessen Fehlen bzw. Fortfall der betroffene Empfehler sich in vorliegenden Fällen berufen kann.

Zwar könnten sich auch Verwender und kommerzielle Empfehler von AGB auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis für eine Zwangsvollstrekkung berufen, doch reicht für sie diese Möglichkeit alleine nicht aus, sondern sie sind auf die Klage nach § 19 AGBG angewiesen. Da sie die durch eine Entscheidung nach § 13 AGBG verbotene Klausel laufend wiederverwenden oder -empfehlen wollen, haben sie ein berechtigtes Interesse daran, durch eine eigene Klage selbst aktiv vorgehen zu können und klären zu lassen, ob der Gebrauch der fraglichen Klausel ihnen wieder gestattet ist. Abzuwarten, ob der im Verfahren nach § 13 AGBG siegreiche Kläger bei Verstößen gegen den Unterlassungstitel Vollstreckungsmaßnahmen einleitet, um dann auf das fehlende Rechtsschutzinteresse hieran hinzuweisen, reicht für sie als alleiniger Rechtsschutz nicht aus. Für den Verwender kommt außerdem noch das zusätzliche Interesse hinzu, die erweiterte Rechtskraftwirkung nach § 21, S. 1 AGBG durch die Berufungsmöglichkeit

---

66) vgl. oben 3.3.1

auf § 21, S. 2 AGBG zu beseitigen. [67]

4.2 Das besondere Rechtsschutzbedürfnis

4.2.1 Systematische Einordnung der "Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs"

§ 19 AGBG fordert neben der abweichenden Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe kumulativ, daß der Kläger zusätzlich einwenden muß, die Vollstreckung aus dem Unterlassungsurteil beeinträchtige in unzumutbarer Weise seinen Geschäftsbetrieb. Bei Untersuchung und Interpretation dieser Passage ist man zunächst versucht, Weber [68] zuzustimmen, der § 19 AGBG als "eine wenig glückliche Bestimmung" bezeichnet hat. Sowohl systematische Einordnung als auch inhaltliche Formulierung dieser Klagevoraussetzung sind nämlich unbefriedigend. Was den Wortlaut als solchen anlangt, so muß man wohl berücksichtigen, daß der Gesetzgeber bei Abfassung des materiellen Gesetzesteiles ausreichende Ermessungsspielräume schaffen wollte, als es darum ging, die berechtigten Interessen beider Vertragsteile gerecht gegeneinander

---

67) Für den kommerziellen Empfehler stellt sich letztere Problematik nicht, da er AGB-Klauseln nicht zum Inhalt seiner Verträge macht, weshalb sich die Konstellation wie zwischen Verwender und dessen Vertragspartner nicht ergibt.

68) vgl. Der Betrieb 1976, S. 2247.

abzuwägen. Bei Festlegung der einzelnen Klauselverbote häufen sich nämlich unbestimmte Rechtsbegriffe wie "ungewöhnlich", "unangemessen lange", "nicht hinreichend bestimmt", "ohne sachlich gerechtfertigten Grund", "unangemessene Frist", "unangemessen hoch" u.ä.. Aus dem verständlichen Bestreben heraus, den Anwendungsbereich von § 19 AGBG als völlig neuen Rechtsbehelf eng zu halten, wurde wohl die einschränkende Voraussetzung der "unzumutbaren Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes" mit in die Bestimmung aufgenommen. Es wurde jedoch schon frühzeitig erkannt, daß hier doch übertriebene Anforderungen erhoben werden, da der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages in der amtlichen Begründung zu § 19 AGBG selbst ausführt, daß eine solche unzumutbare Beeinträchtigung immer dann vorliegen soll, "wenn im Hinblick auf die drohende Vollstreckung die Verwendung einer Bestimmung unterbleibt, gleichzeitig aber Mitbewerber des Verurteilten die gleiche Bestimmung für die gleiche Art von Rechtsgeschäften verwenden und sich dadurch Nachteile im Wettbewerb für den Verurteilten ergeben könnten". [69] So sind sich denn auch die Kommentatoren zum AGBG durchwegs einig, daß an die "unzumutbare Beeinträchtigung" "keine zu hohen Anforderungen gestellt werden" [70] dürfen, vielmehr "die Schwelle der Unzumutbarkeit sehr niedrig" [71] anzusetzen ist. Hervorgehoben wird jedoch allgemein, daß die Wettbewerbsnachteile nicht völlig unwesentlich sein dürfen,

---

69) vgl. BTDr. 7/5422 v. 23.6.1976, S. 12.

70) Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 19 AGBG, Anm. 2c.

71) Koch/Stübing, AGB-Komm., § 19 AGBG, Rd. Nr. 5.

sondern für den zur Unterlassung Verurteilten von einigem wirtschaftlichen Gewicht sein müssen. [72]

Die inhaltliche Reichweite dieser gesetzlichen Einschränkung läßt sich nur durch ihre richtige rechtssystematische Zuordnung ermessen. Der Gesetzeswortlaut deutet zunächst daraufhin, daß das Vorliegen einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes Voraussetzung für die Begründetheit der erhobenen Vollstreckungsabwehrklage ist, da sie als gleichwertige "Einwendung" neben den Erlaß einer abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung gestellt ist. Da es jedoch der gesetzgeberische Zweck von § 19 AGBG ist, ungleiche Wettbewerbsbedingungen und dadurch hervorgerufene Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, kann die Klausel der unzumutbaren geschäftlichen Beeinträchtigung nur als Zulässigkeitsvoraussetzung in Form des besonders ausgestalteten Rechtsschutzbedürfnisses aufgefaßt und ausgelegt werden. Die Formulierung in § 19 AGBG ist nämlich dem "rechtlichen Interesse" in § 256 ZPO ähnlich und rechtlich gleichzusetzen, da diese ebenfalls als eigene, auf die individuelle Situation des Klägers abgestellte Voraussetzung der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausgestaltet ist. Darüber, daß

---

72) vgl. z.B. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O, § 19 AGBG Rd. Nr. 17 und Dietlein/Rebmann a.a.O., § 19 AGBG Anm. 2c.

das für die Feststellungsklage nach § 256 ZPO geforderte rechtliche Interesse als Spezialfall des stets erforderlichen Rechtsschutzinteresses zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen zählt, herrscht jedoch kein Streit. [73] Auch das rechtliche Interesse i.S. von § 256 ZPO muß, obwohl formelle Klagevoraussetzung, mit materiellen Inhalten ausgefüllt werden; ebenso ist es mit dem Erfordernis der unzumutbaren Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes. Allein unter dem Blickwinkel der materiellen Gerechtigkeit betrachtet stellt es nämlich jedenfalls eine objektive Ungerechtigkeit dar, wenn ein Klauselverwender oder -empfehler Klauseln nicht verwenden darf, die anderen uneingeschränkt zur Verfügung stehen.
Im Falle der Klage nach § 19 AGBG ist jedoch zu bedenken, daß das Klauselverbot durch eine gerichtliche Entscheidung ausgesprochen wurde. Hier ist also auch das Gebot der Rechtssicherheit noch zu beachten, welches verlangt, daß eine gerichtliche Entscheidung grundsätzlich Bestand hat und vollzogen werden kann. Es sind daher das Verlangen nach materieller Gerechtigkeit und die Forderung nach Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen. Dies führt zu dem Ergebnis, daß die Rechtssicherheit nur dann zurückzutreten hat, wenn ein besonderes Bedürfnis des Abwehrklägers besteht, die materielle Gerechtigkeit wiederherzustellen. Dieses Bedüfnis liegt dann vor, wenn durch das Klauselverbot der Geschäftsbetrieb unzumutbar beeinträchtigt wird, weil ein Wettbewerbsnachteil gegenüber Mitkonkurrenten besteht.

---

73) vgl. z.B. Thomas/Putzo a.a.O., § 256 ZPO, Anm. I, 5.

4.2.2 Materieller Inhalt der "Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes"

Die Erkenntnis, daß die unzumutbare Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Klägers an der Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage darstellt, führt im Zusammenhang mit der Tatsache, daß die Klage sich immer gegen eine Unterlassungsverpflichtung richtet, zu dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen für eine Bejahung der Unzumutbarkeit niedrig anzusetzen sind. Wie oben ausgeführt, [74] ist nämlich das Rechtsschutzbedürfnis eines Vollstreckungsschuldners aus einem Unterlassungsurteil auf Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage besonders hoch zu veranschlagen, da der Unterlassungstitel ein auf Dauer gerichtetes Verhalten verlangt, weshalb die Vollstreckung nicht nur einmal, sondern immer wieder von neuem droht, wenn ein Verstoß gegen das gebotene Unterlassen begangen wird.

Im Rahmen der Klage nach § 19 AGBG ergibt sich nun die Möglichkeit, diesem erhöhten Schutzverlangen dadurch Rechnung zu tragen, daß die Anforderungen an das besondere Rechtsschutzbedürfnis der "unzumutbaren Beeinträchtigung" niedrig anzusetzen sind.

---

74) vgl. oben Ziff. 3.3.1

Unter diesem Gesichtspunkt und bei Beachtung des Zwecks von § 19 AGBG ist daher zu befinden, wann durch ein Klauselverbot eine Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes in Form der Wettbewerbsverzerrung als "unzumutbar" anzusehen ist. Dabei ist festzuhalten, daß die amtliche Begründung des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag, [75] wonach Unzumutbarkeit anzunehmen sei, wenn Mitbewerber die dem Abwehrkläger verbotene Klausel benützen und letzteren dadurch Wettbewerbsnachteile entstehen, nicht weitgehend genug erscheint. Der Gesetzeswortlaut zwingt jedenfalls zu dieser Auslegung nicht.

Die Entscheidung des BGH, auf die sich die Vollstreckungsabwehrklage stützt, muß nämlich für "dieselbe Art von Rechtsgeschäften" ergangen sein, wobei es auf die R e c h t s n a t u r des Geschäfts, nicht auf die Branchengleichheit ankommt. Wenn es sich also beispielsweise um eine Klausel aus dem Kaufrecht handelt, so kann es durchaus sein, daß in der Branche des verurteilten Verwenders oder Empfehlers diese Klausel noch nicht gebraucht wird. Dennoch wäre hier ein Rechtsschutzbedürfnis auf Erhebung der Abwehrklage zu bejahen, wenn die fragliche Klausel für den Betrieb des Klägers von einiger wirtschaftlicher Bedeutung ist, weil sie Risiken, die nicht völlig ohne Gewicht sind, verringert. Es

---

75) vgl. BTDr. 7/5422 v. 23.6.1976, S. 12.

ist nämlich durchaus zulässig, daß ein Bewerber sich gegenüber seinen Konkurrenten auch wirtschaftliche Vorteile verschafft, solange diese nicht auf unlautere Weise erlangt werden, was in vorliegendem Fall nicht zutrifft.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß eine "unzumutbare Beeinträchtigung" auch dann vorliegen kann, wenn Mitbewerber des Klägers der Abwehrklage zwar die strittige Klausel nicht benutzen, die Klausel aber für den Betrieb des Klägers vorteilhaft ist. Eine Wettbewerbsverzerrung kann nämlich auch darin liegen, daß ein Bewerber einen legalen Vorteil vor seinen Mitbewerbern deshalb nicht nutzen kann, weil er durch eine Entscheidung nach § 13 AGBG hieran gehindert ist.

4.3 Die Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats

4.3.1 Die Form der Entscheidung

§ 19 AGBG spricht von einer "Entscheidung" des BGH oder des Gemeinsamen Senats, womit jedoch nichts über die Form, in welche diese Entscheidung gekleidet sein muß, gesagt ist. Sinn und Zweck von § 19 AGBG erfordern aber, daß der Entscheidung eine Sachprüfung durch das Gericht vorausgegangen sein muß, weil nur in solchen Fällen der materielle Entscheidungswille des Gerichts und die darauf beruhende Abweichung vom Inhalt des mit der Vollstreckungsabwehrklage angegangenen Unterlassungsurteils sicher feststellbar sind.

Keine "Entscheidungen" im Sinne von § 19 AGBG können daher nicht-streitige Urteile, wie Versäumnis- oder Anerkenntnisurteile sein, da hier das Gericht aufgrund einer besonderen Verfahrenssituation in bestimmter, gesetzlich normierter Weise zu entscheiden hat, ohne überhaupt materiell über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer verbotenen Klausel zu befinden. So ist etwa über § 557 und § 542 ZPO die Revision des im Verfahren nach § 13 AGBG klagenden Verbandes im Säumnisfalle zurückzuweisen, ohne daß eine Sachprüfung durch das Gericht stattfindet. Ein solches Urteil nicht als Einwendung i.S. von § 19 AGBG zuzulassen, stellt nur scheinbar eine Ungerechtigkeit dar, da die Sachlage ebenso ist, wenn der Revisionsführer, anstatt ein Versäumnisurteil ergehen zu lassen, sein Rechtsmittel zurücknimmt, weil er von dessen Erfolglosigkeit ausgeht. Im Ergebnis mag in solchen Fällen eine Wettbewerbsungleichheit eintreten, sie ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit innerhalb des Rahmens von § 19 AGBG nicht zu beseitigen, da dessen Wortlaut ausdrücklich eine Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats voraussetzt, die eben hier nicht vorliegt.

Zweifelhaft erscheint in diesem Zusammenhang auch noch die Frage, ob ein vor dem Bundesgerichtshof abgeschlossener Prozeßvergleich als "Entscheidung" i.S. von § 19 AGBG anzusehen ist. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen im Vergleichswege auch inhaltlich über Verwendbarkeit oder Nichtverwendbarkeit bestimmter AGB-Klauseln zwischen den Parteien eine Einigung erzielt wird.

Schließlich ist auch ein Prozeßvergleich insoweit den Urteilen gleichgestellt, als er Vollstreckungstitel ist. Dennoch können Vergleiche nicht zum Gegenstand von Einwendungen nach § 19 AGBG gemacht werden. Der Vergleich darf zwar keinen verbotswidrigen Inhalt haben, also insbesondere nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen, [76] jedoch beendet er den Streit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens. Er stellt also keine Entscheidung des Gerichts dar, sondern es bleibt vielmehr stets die Frage offen, ob das Gericht, wenn kein Nachgeben erfolgt wäre, nicht gerade zugunsten der nachgebenden Partei entschieden hätte.

4.3.2 Das Wesen der Entscheidung

Das Gesetz spricht davon, daß es sich um eine Entscheidung handeln müsse, welche die Verwendung einer bestimmten Klausel, die dem Kläger der Vollstreckungsabwehrklage in einem Verfahren nach § 13 AGBG verboten wurde, "für dieselbe Art von Rechtsgeschäften nicht untersagt". Aus der Formulierung "nicht untersagt", wird überwiegend gefolgert, daß die abweichende Entscheidung ebenfalls in einem Unterlassungsverfahren nach § 13 AGBG ergangen sein müsse, da nur dort über Erlaubnis und Verbot der Verwendung bzw. Empfehlung von AGB-Klauseln befunden wurde. Es solle daher nicht ausreichen, "wenn der BGH die Klausel lediglich in einem Individualverfahren zu beurteilen hatte, da nur im

---

76) vgl. Thomas/Putzo a.a.O., §794 ZPO, Anm. II 4c.

abstrakten Verfahren ein Verwendungsverbot ausgesprochen wird", [77] während im Individualprozeß "die Wirksamkeit der fraglichen AGB-Bestimmungen lediglich als Vorfrage zur Entscheidung über einen individuellen Anspruch" [78] festgestellt würde und daher "die Untersagung der Verwendung von AGB nicht Streitgegenstand" [79] sei. Demgegenüber wird bei Schlosser [80] dargelegt, daß auch eine in einem Individualprozeß ergangene Entscheidung analog als Einwendung i.S. von § 19 AGBG herangezogen werden könne, jedoch erst dann, wenn der Inhalt der Entscheidung in mehreren anderen Urteilen bestätigt worden sei, sich also in der Rechtspraxis verfestigt habe.

Der Gesetzeswortlaut nötigt jedoch zu solcher einschränkenden Auslegung nicht und diese war vom Gesetzgeber wohl auch nicht beabsichtigt, da er sonst ausdrücklich in die Bestimmung von § 19 AGBG aufgenommen hätte, daß die abweichende Entscheidung in einem abstrakten Kontrollverfahren im Rahmen von § 13 AGBG ergangen sein muß. Die Auslegung der Gesetzesformulierung, daß die Verwendung einer AGB-Klausel "nicht untersagt" worden ist, führt vielmehr zu dem Ergebnis, daß auch ohne Heranziehung von Analogien der Kläger der Vollstreckungsabwehrklage sich zur Begründung seines Klagebegehrens auf eine höchstrichterliche Entscheidung

---

77) Koch/Stübing a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 2.

78) Dietlein/Rebmann a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 2b.

79) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 20.

80) Schlosser/Coester/Graba a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr.9.

in einem Individualprozeß berufen kann. Denn auch in einem Individualprozeß, der eine Forderung zum Inhalt hat, deren Bestehen von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer AGB-Klausel abhängig ist, hat das Gericht festzustellen, ob eben diese Klausel Gegenstand der Einbeziehung in einen Einzelvertrag sein kann oder nicht. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß die strittige Klausel wirksam ist, also insbesondere nicht gegen die Klauselverbote des AGB-Gesetzes verstößt, dann hat es dies in den Urteilsgründen auszusprechen und zugleich darzulegen, worauf sich seine Auffassung stützt. Dies hat nichts anderes zu bedeuten, als daß das Gericht die Verwendung dieser Klausel erlaubt oder vielmehr, um mit den Worten von § 19 AGBG zusprechen, "nicht untersagt". Gefahren für die Rechtssicherheit birgt diese Auslegung nicht, denn es können keine Zweifel entstehen, da sich die für die Klage nach § 19 AGBG erhebliche Frage unschwer den Urteilsgründen entnehmen läßt, auch wenn sich diese Gründe nicht nur und nicht ausschließlich mit der Frage der Unzulässigkeit der AGB-Klausel befassen. Allerdings muß es sich dabei um Gründe handeln, von denen die Entscheidung auch getragen wird. Es genügt also nicht, daß das Verbot der Klauselverwendung deshalb unterblieben ist, weil diese Frage für die Entscheidung nicht von Bedeutung war und der BGH sie deshalb offengelassen hat. In solchen Fällen liegt dann gerade keine abweichende "Entscheidung" vor, eine solche ist vielmehr unterblieben. Auf die Tatsache aber, daß die Gestattung oder

Versagung der Klauselverwendung nicht ausdrücklicher Streitgegenstand des dem Urteil zugrundeliegenden Verfahrens war, kann es nicht ankommen.

Es ist auch nicht einzusehen, warum in Individualprozessen mehrere gleichartige höchstrichterliche Entscheidungen erforderlich sein sollen und erst eine gefestigte Rechtspraxis vorliegen muß, um eine Einwendung i.S. von § 19 AGBG zu ermöglichen. Eine solche Forderung widerspricht einmal dem Wortlaut der Bestimmung, weil dieser nämlich nur e i n e Entscheidung voraussetzt. Zum anderen würde dies aber auch dem Sinn der Vorschrift nicht gerecht, die im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit geschaffen wurde und deshalb verhindern soll, daß ein Unternehmer weiterhin unter der Strafdrohung eines Unterlassungsurteils gehalten wird, dessen Inhalt der geänderten Rechtsauffassung, die in einer höchstrichterlichen Entscheidung ihren Niederschlag gefunden hat, nicht mehr entspricht. Den betroffenen Unternehmer hier warten zu lassen, bis die entsprechende Rechtssprechung sich "verfestigt" hat, ist aus Gründen des Wettbewerbs unzumutbar.

4.3.3 Der Zeitpunkt der Entscheidung

Über die Festlegung des Zeitpunkts, zu dem das Urteil des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats gesprochen sein muß, um als Einwendung in eine Vollstreckungsabwehrklage Eingang finden zu können, herrscht im Schrifttum weitgehende Uneinigkeit. Die Diskussion entzündet sich an der Frage, wie die vom Gesetz

gebrauchte Formulierung auszulegen sei, wonach die Entscheidung "nachträglich ergangen" sein soll. Während der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages in seinem Bericht zur Gesetzesvorlage eine völlig restriktive Auslegung wählte, indem er fordert, daß die Entscheidung "nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils" [81] datieren müsse, lassen sich unter den Kommentatoren des AGB-Gesetzes zwei Richtungen ausmachen; die eine hält sich streng an den Gesetzeswortlaut unter Heranziehung von § 767, Abs. 2 ZPO, während die andere mehr auf den mit § 19 AGBG angestrebten Zweck der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen abstellt. Erstere Gruppe geht davon aus, daß das Gesetz ein nachträgliches Urteil fordere und im übrigen auf die Klage nach § 767 ZPO verweise, weshalb nur eine Entscheidung in Betracht kommen könne, "die nach dem gemäß § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt ergangen ist, also nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, bei Vergleichen nach deren Abschluß, bei Ergehen eines Versäumnisurteils nach Ablauf der Einspruchsfrist". [82] Die Vertreter der pragmatischen Betrachtungsweise versuchen dagegen vom Gesetzeswortlaut loszukommen und führen hierzu aus, daß die Entstehung des Tatbestandsmerkmals der Nachträglichkeit lediglich auf die "funktionsblinde Anlehnung an den dem Individualinteressenschutz verpflichteten

---

81) BTDr. v. 23.6.1975, Nr. 7/5422, S. 12.

82) vgl. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 9; ebenso Palandt/Heinrichs a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 2c) dd und Dietlein/Rebmann a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 2b.

§ 767 ZPO" [83] zurückzuführen sei, während die Interessenlage im Rahmen von § 19 AGBG sich nicht ändere, wenn die fragliche Entscheidung schon früher erlassen worden sei. Diese These, gipfelt daher folgerichtig in dem Ergebnis, daß es "überhaupt nicht auf den Zeitpunkt des BGH-Urteils" [84] ankomme.

Eine so weite Entfernung vom Gesetzestext ist jedoch bedenklich und auch nicht erforderlich, um dennoch eine Lösung zu finden, die dem Schutzzweck von § 19 AGBG gerecht wird und seinen Anwendungsbereich nicht so sehr einengt, daß er praktisch zur Bedeutungslosigkeit abgestempelt wäre. Festzuhalten ist zunächst, daß die Abwehrklage nach dem AGBG sehr wohl, ebenso wie die nach § 767 ZPO, dem Individualinteressenschutz des verurteilten Verwenders oder kommerziellen Empfehlers dient, da sie ja gerade von diesen Personen Nachteile abwenden soll, denen andere, gleichgestellte Klauselverwender und -empfehler nicht unterliegen. Die Klage richtet sich zwar gegen ein im Universalinteresse ergangenes Unterlassungsurteil, ihre Wirkungen sind jedoch im Erfolgsfalle durchaus individueller Natur, da sie ausschließlich den jeweiligen Kläger begünstigen. Dennoch erfordert diese Übereinstimmung der Ziele von § 767 ZPO und § 19 AGBG keine völlige Übereinstimmung der Inhalte beider Vorschriften. Zu beachten ist nämlich, daß § 19 AGBG auch im Verhältnis zu § 767 ZPO einen Sondertatbestand darstellt, da nachträgliche höchstrichterliche Entscheidungen

---

83) Schlosser/Coester/Graba a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 8.

84) Koch/Stübing a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 4.

die Klagemöglichkeit eröffnen, was im Rahmen von § 767 ZPO unstreitig nicht möglich ist. Wenn daher § 19 AGBG auf den Weg "der Klage nach § 767 ZPO" verweist, so bedeutet dies nicht automatisch, daß auch die Voraussetzungen von § 767 Abs. 2 ZPO in gleicher Weise wie dort erfüllt sein müssen. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so wäre nur erforderlich gewesen, ausdrücklich auf § 767 Abs. 2 ZPO Bezug zu nehmen oder zumindest dessen Wortlaut auch für § 19 AGBG zu wählen; beides ist jedoch nicht der Fall. Man kann daraus entnehmen, daß § 19 AGBG die Abwehrklage zwar in der herkömmlichen Form des § 767 ZPO eröffnet, in den Voraussetzungen für Zulässigkeit und Begründetheit aber nicht völlig kongruent ist, weil es sich eben um einen Sondertatbestand handelt. Die Besonderheit der im Rahmen von § 19 AGBG zulässigen Einwendungen rechtfertigt und erfordert vielmehr auch eine besondere Anwendungsart, die nicht mit der von § 767 Abs. 2 ZPO identisch ist.

Vergegenwärtigt man sich nun wiederum das Ziel von § 19 AGBG nämlich die Schaffung eines Interessenausgleichs im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit, so führt dies zu dem Ergebnis, daß die zeitliche Bestimmung von "nachträglich" nicht allein in Bezug auf die in Frage stehende höchstrichterliche Entscheidung, sondern auch in Bezug auf die Person des Klägers zu sehen ist. Wenn nämlich schon auf Kosten der Rechtssicherheit eine Bestimmung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit geschaffen wurde, so darf der Vollzug der Gerechtigkeit nicht nur von dem bloßen Zufall abhängen,

daß die abweichende höchstrichterliche Entscheidung kalendermäßig nach Schluß der mündlichen Verhandlung ergangen ist, auf die das anzugreifende Unterlassungsurteil erlassen wurde. Vielmehr muß in den Kreis der Zulässigkeitserwägungen auch die Person desjenigen einbezogen werden, dem Gerechtigkeit widerfahren soll, also dem Kläger der Vollstreckungsabwehrklage. Diese Einbeziehung wird aber dadurch ermöglicht, daß man die Worte in § 19 AGBG "nachträglich ergangen" als "nachträglich zugänglich geworden" auffaßt und auslegt. Bereits aus § 20 AGBG ergibt sich, daß diese Auslegung gerechtfertigt ist, da dort dort die beim Bundeskartellamt vorzunehmende Registrierung sämtlicher im Rahmen von § 13 und § 19 AGBG ergangenen Urteile geregelt und zusätzlich ausdrücklich bestimmt ist, daß jedermann über bestehende Eintragungen Auskunft zu erteilen ist (§ 20 Abs. 4 AGBG). Die Eintragung beim Bundeskartellamt und der Zeitpunkt ihrer Vornahme sind aber objektiv feststehende und feststellbare Kriterien, die ohne jeden Zweifel erkennen lassen, ab wann dem Kläger der Vollstreckungsabwehrklage ein Urteil, auf das er sich beruft, zugänglich war. Liegt der Zeitpunkt der Registrierung nach § 20 AGBG nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Unterlassungsurteil ergeht, dann kann auf die entsprechende Entscheidung, wenn sie vom Unterlassungsurteil abweicht, die Vollstreckungsabwehrklage gestützt werden. Liegt der Zeitpunkt aber davor, dann ist die Entscheidung als Einwendung im Rahmen von § 19 AGBG ausgeschlossen. Im letzteren Fall besteht aber auch kein rechtliches Bedürfnis, die Abwehrklage zuzulassen, da hier schon im Rahmen des Unterlassungsverfahrens der

Beklagte bei entsprechend sorgfältiger Prozeßführung die Möglichkeit hat, sich auf die ihm günstige Entscheidung zu berufen und so einer Verurteilung zu entgehen.

Der Umstand, daß oben auch in Individualprozessen ergehende höchstrichterliche Entscheidungen als zulässige Einwendungen nach § 19 AGBG bezeichnet wurden, [85] beeinträchtigt das Ergebnis der nunmehrigen Darlegungen nicht. Denn auch bezüglich solcher Entscheidungen läßt sich der Zeitpunkt ihrer Zugänglichkeit objektivieren, der dann anzusetzen ist, wenn ihre Veröffentlichung in der von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes herausgegebenen Entscheidungssammlung erfolgt. Unterbleibt eine Veröffentlichung, so ist zunächst davon auszugehen, daß der klagende Klauselverwender die Entscheidung nicht gekannt hat. Hier hat jedoch der beklagte Verband die Möglichkeit nachzuweisen, daß das fragliche Urteil dem Kläger dennoch schon bekannt war, etwa weil sie in einer Fachzeitschrift oder anderen Urteilssammlung veröffentlicht war und der Kläger über eine eigene Rechtsabteilung mit der entsprechenden Fachliteratur verfügt. In allen Fällen, in denen es auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Entscheidung ankommt, spricht nämlich nur die widerlegbare Vermutung für die Unkenntnis des Abwehrklägers, da Kenntnis oder Unkenntnis subjektive Vorgänge darstellen, die im Gegensatz zur Veröffentlichung der Entscheidung von Fall zu Fall verschieden sein können.

---

85) vgl. Ziff. 4.3.2.

Schließlich sei noch das wohl wesentlichste Argument dargelegt, welches für eine von § 767 Abs. 2 ZPO abweichende Auslegung des Begriffs "nachträglich" in § 19 AGBG spricht. Die rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einwendungen, auf welche die gewöhnliche Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO gestützt werden kann, stehen alle in engem Zusammenhang mit dem streitigen Anspruch selbst, sind ihm mehr oder weniger immanent. Sie begründen sich auf das Verhältnis und das Verhalten der Prozeßparteien, zwischen denen der Anspruch entstanden ist. Sie sind daher auch für die Verfahrensbeteiligten wesentlich leichter überschaubar und auch vorhersehbar, als dies bei einer den Verfahrensgegenstand der Klage nach § 13 AGBG betreffenden abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung der Fall ist. Diese ist für den Unterlassungsbeklagten nicht vorhersehbar, mit ihr kann und muß er nicht rechnen. Sie stellt vielmehr innerhalb des ursprünglichen Unterlassungsprozesses, wie auch im anschließenden Vollstreckungsabwehrverfahren eine Einwendung "sui generis" dar, die damit notwendigerweise auch anderen Regeln unterliegt, als die herkömmlichen Einwendungen. Auf sie muß der Unterlassungsbeklagte bzw. Abwehrkläger sich tatsächlich einstellen können, was die Möglichkeit der Kenntnisnahme voraussetzt. Aus diesen Gründen ist daher eine abweichende höchstrichterliche Entscheidung, auch wenn sie vor dem für den Erlaß des Urteils im Unterlassungsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt ergangen ist, für eine Vollstreckungsabwehrklage nicht präkludiert, wenn sie dem Abwehrkläger nicht zum selben Zeitpunkt auch schon zugänglich war.

4.4 Das Verhältnis zwischen Unterlassungsverfahren und Vollstreckungsabwehrklage

4.4.1 Stand des Unterlassungsverfahrens

Wie bereits festgestellt, [86] setzt die Klage nach § 767 ZPO nicht voraus, daß der Titel, gegen den sie sich richtet, bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Vor Eintritt der Rechtskraft hat der verurteilte Schuldner vielmehr die Wahl, wenn er nachträglich entstandene Einwendungen erheben kann, ob er das gegen die Entscheidung allgemein eingeräumte Rechtsmittel einlegen oder im Wege der Vollstrekkungsabwehrklage vorgehen will. Diese Folge ergibt sich unmittelbar aus § 767 Abs. 2 ZPO, da dort nur solche nachträgliche Einwendungen ausgeschlossen sind, die noch im Wege des Einspruchs, also bei Vorliegen eines Versäumnisurteils, geltend gemacht werden können, während dies für andere Rechtsbehelfe, also insbesondere das Rechtsmittel der Berufung, nicht gilt. Man könnte daher davon ausgehen, daß die Zulässigkeit der Klage nach § 767 ZPO auch im Rahmen des § 19 AGBG "nicht stets von der formellen Rechtskraft der gegen den Verwender ergangenen Unterlassungsentscheidung abhängig" [87] ist. Nun hat sich jedoch schon bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt die nachträgliche abweichende Entscheidung ergangen sein muß, gezeigt, daß der Wortlaut von § 19 AGBG nicht dazu zwingt, § 767 Abs. 2 ZPO inhalts- und wesensgleich

---

86) vgl. Ziff. 3.3.1.

87) vgl. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 7.

anzuwenden. Auch der Rechtsausschuß des Bundestages hat in seinem Bericht zu § 19 AGBG, allerdings ohne nähere Begründung, ausgeführt, daß die Vollstreckungsabwehrklage auf eine abweichende Entscheidung gestützt werden könne, die "nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils" [88] ergangen ist. Grund für diese einschränkende Auslegung war wohl auch hier, den Anwendungsspielraum von § 19 AGBG als einen die Rechtssicherheit tangierenden Sondertatbestand in möglichst engen Grenzen zu halten.

Aus der Formulierung des Gesetzestextes ergibt sich jedoch wiederum kein Grund für eine derartige Einschränkung, da nur verlangt ist, daß dem klagenden Verwender die Verwendung einer AGB-Klausel untersagt worden ist, wogegen nicht gefordert wird, daß die Untersagung auch bereits rechtskräftig sein müsse. Rechtsdogmatische oder rechtspolitische Gründe, die Rechtskraft der Unterlassungsentscheidung zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsabwehrklage zu machen, sind auch nicht zu erkennen. Die der Rechtssicherheit drohenden Gefahren sind vielmehr erheblich größer, wenn ein außerordentlicher Rechtsbehelf nur gegen ein rechtskräftiges Urteil gegeben ist, als wenn er sich auch gegen ein nicht rechtskräftiges richtet. Gerade die Zielsetzung von § 19 AGBG, nämlich Helfer auf dem Wege zu materieller Gerechtigkeit im Einzelfall zu sein,

---

88) BTDr. v. 23.6.1975, Nr. 7/5422, S. 12.

ist es, die zu dem Ergebnis führt, daß die Abwehrklage nach § 19 AGBG, genauso wie die nach § 767 ZPO, nicht voraussetzt, daß die Entscheidung gegen die sie sich richtet, bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Zuständiges Gericht ist nämlich das Prozeßgericht des ersten Rechtszuges des Unterlassungsverfahrens. Es handelt sich dabei um einen Fall der ausschließlichen Zuständigkeit, was sich aus § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 802 ZPO ergibt. Zuständig, und zwar ebenfalls ausschließlich, ist aber in erster Instanz des Unterlassungsprozesses gemäß § 14 AGBG das Landgericht, in dessen Bezirk der Unterlassungsbeklagte seine gewerbliche Niederlassung oder seinen Wohnsitz hat. Diese Regelung bringt für den Verurteilten den Vorteil mit sich, daß er den Vollstreckungsabwehrprozeß auch dann am Gewerbe- oder Wohnsitz führen kann, wenn er im Falle der Berufung gegen ein Unterlassungsurteil den Gerichtsort wechseln müßte, was häufig auch mit einem Anwaltswechsel und damit erhöhtem Kostenrisiko verbunden ist.

4.4.2 Die Entscheidung im Unterlassungsverfahren

Soweit es sich bei den Entscheidungen nach § 13 AGBG um Urteile handelt, ist die Abwehrklage gegeben. Ausgenommen sind durch § 767 Abs. 2 ZPO Versäumnisurteile, die noch mit dem Einspruch angegriffen werden können, da der Einspruch nach § 338 ZPO insoweit als vorrangiger Sondertatbestand anzusehen ist. Es muß sich dagegen nicht um eine streitige Entscheidung handeln, sondern es genügt auch ein Anerkennungsurteil.

Die Problematik der allgemeinen Vollstreckungsabwehrklage, die gegen Feststellungsurteile mangels vollstreckbaren Inhalts nicht durchführbar ist, stellt sich bei § 19 AGBG nicht, da Urteile im Verfahren nach § 13 AGBG stets einen Leistungstitel darstellen. Der beklagte Verwender bzw. Empfehler wird nämlich, wenn die Klage erfolgreich ist, immer zu einem Unterlassen oder, wenn er zum Widerruf verpflichtet ist, zu positivem Tun verurteilt.

Auch gegen gerichtliche Vergleiche ist die Klage nach § 19 AGBG zulässig, da sie gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO vollstreckbare Titel darstellen, auf die über § 795 ZPO die Vorschrift des § 767 ZPO ebenfalls Anwendung findet, wodurch die Verbindung mit § 19 AGBG hergestellt wird. Die Abwehrklage kann erhoben werden, wenn ein abweichendes höchstrichterliches Urteil vorliegt oder ergeht. Da Vergleiche nicht in Rechtskraft erwachsen, stellt sich bei ihnen die Frage nicht, wann die abweichende Entscheidung erlassen oder veröffentlicht wurde. Für sie gilt lediglich die sich aus § 767 Abs. 3 ZPO ergebende eingeschränkte Präklusion, wonach der Abwehrkläger alle Einwendungen geltend machen muß, die er zur Zeit der Klageerhebung geltend zu machen imstande war. Im Falle einer wiederholten Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Vergleich kann also eine abweichende Entscheidung als Einwendung ausgeschlossen sein, wenn sie schon mit der ersten Klage hätte geltend gemacht werden können und müssen.

Nicht erforderlich ist dagegen, daß der Kläger des Unterlassungsverfahrens die Androhung von Zwangsmitteln beantragt, [89] da der Beginn der Zwangsvollstreckung keine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Abwehrklage ist. Die Klage nach § 19 AGBG soll nämlich den Betroffenen vor Bestrafungsverfahren nach § 890 ZPO bewahren und hierbei kann ihm nicht zugemutet werden, abzuwarten, ob und wann der Gläubiger die Vollstreckung einleitet.

Zweifelhaft ist jedoch, ob auch gegen ein durch eine einstweilige Verfügung erlassenes Unterlassungsgebot die Möglichkeit der Abwehrklage besteht. Nach herrschender Meinung [90] ist nämlich gegen einstweilige Verfügungen die Vollstreckungsabwehrklage im Verfahren nach der ZPO nicht zulässig. Begründet wird dies damit, daß § 927 ZPO, der die Aufhebung eines Arrestes wegen der veränderten Umstände zuläßt und über § 936 ZPO auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung findet, einen Rechtsbehelf besonderer Art darstelle, der Klage nach § 767 ZPO vorgehe und ihr Anwendung ausschließe. Löwe [91] kommt daher auch für § 19 AGBG zu dem Ergebnis, daß eine einstweilige Verfügung als Vorentscheidung nicht in Betracht komme, da der Behelf nach § 927 ZPO vorrangig sei und die abweichende Entscheidung eines obersten Bundesgerichts einen "veränderten Umstand" im Sinne dieser Bestimmung darstelle.

Gerade gegen letztere Argumentation bestehen jedoch Bedenken, da die veränderten Umstände nach § 927 ZPO sich auf eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zwischen den

---

89) a.A. Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 11.

90) vgl. Thomas/Putzo a.a.O., § 924 ZPO, Anm. 4b m.w.N.

91) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 16.

Prozeßparteien beziehen, was auf ein Urteil, das unter ganz anderen Parteien ergangen ist und lediglich das gleiche Rechtsproblem betrifft, nicht zutrifft. Die abweichende Entscheidung ist vielmehr, selbst wenn man eine Bindung des Gerichts des Unterlassungsprozesses an diese Entscheidung bejaht, stets als Einwand "sui generis" anzusehen, der nicht unter die veränderten Umstände des § 927 ZPO eingeordnet werden kann. Er muß im Rahmen von § 19 AGBG geltend gemacht werden, der als Spezialtatbestand den Rechtsbehelf nach § 927 ZPO ersetzt.

Wesentlich ist aber hier, ob Entscheidungen nach § 13 AGBG, die im Wege der einstweiligen Verfügung ergehen, die Bindungswirkung nach § 21, S. 1 AGBG zukommt, da dem Behelf nach § 927 ZPO die ausgleichende Wirkung nach § 21, S. 2 AGBG fehlt. Während das OLG Düsseldorf im Urteil vom 10.7.1978 [92] zu dem Ergebnis kommt, daß Entscheidungen nach § 13 AGBG, soweit einem Verbraucherverband die Anspruchsberechtigung im Allgemeininteresse gegeben sei, überhaupt nicht durch einstweilige Verfügung erlassen werden könnten, da wegen der Möglichkeit der Individualklage die Vereitelung oder Erschwerung der Rechtsverwirklichung i.S. von § 935 ZPO nicht zu befürchten sei, wird die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen auch in diesem Rahmen weitgehend bejaht [93]. Im Gegensatz dazu wird jedoch überwiegend argumentiert, daß einstweilige Verfügungen, auch wenn sie durch Urteil erlassen oder bestätigt seien, die Anwendung von § 21, S. 1 AGBG nicht zuließen, da "die in einem summarischen Verfahren erlassene

92) Betrieb 1978, S. 1730, 1731.

93) Ulmer/Brandner/Hensen § 15 AGBG, Rd. Nr. 14; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner § 15 AGBG, Rd. Nr. 21; Palandt/Heinrichs § 15 AGBG, Anm. 4b.

Entscheidung . . . in einem auf volle Sachprüfung angelegten Rechtsstreit keine Bindungswirkung haben" [94] könne.

Diese Auffassung wird jedoch dem durch § 21, S. 1 AGBG angestrebten Zweck der Breitenwirkung einer Entscheidung nach § 13 AGBG dann nicht gerecht, wenn im Verfahren wegen einstweiliger Verfügung eine Entscheidung ergeht, die dem in der Hauptsache ergangenen Urteil gleichzusetzen ist. Zurecht führt daher Löwe [95] aus, daß, wenn diese Voraussetzungen vorliegen, eine einstweilige Verfügung, unabhängig davon, ob sie durch Beschluß oder Urteil erlassen wurde, auch im Rahmen des § 21 AGBG als bindende Unterlassungsentscheidung herangezogen werden kann. Diese Voraussetzungen sind aber dann erfüllt, wenn der Unterlassungsschuldner bei einer durch Beschluß erlassenen einstweiligen Verfügung wirksam auf Widerspruch und den Antrag nach § 926 ZPO verzichtet, bei einer durch Urteil erlassenen einstweiligen Verfügung, wenn derSchuldner auf Rechtsmittel verzichtet oder die Frist abgelaufen ist und wenn zusätzlich ein Verzicht auf die Rechte nach § 926 ZPO vorliegt. In allen diesen Fällen tritt nämlich die Wirkung ein, daß die einstweilige Verfügung nicht mehr aufgehoben werden kann.

Andererseits muß aber dann auch dem Unterlassungsschuldner die Möglichkeit der Klage nach § 19 AGBG eingeräumt sein, da er sonst den ausgleichenden Vorteil des § 21, S. 2 AGBG verlöre und ungerechtfertigt schlechter gestellt wäre, als wenn er sich erst im Hauptsacheverfahren hätte verurteilen lassen. Um die Wirkung des

---

94) Palandt/Heinrichs a.a.O., § 21 AGBG, Anm. 3a.

95) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., §21 AGBG, Anm. 2e.

§ 21, S. 2 AGBG zu erreichen, reicht aber § 927 ZPO nicht aus, sondern es ist erforderlich, von zwei Spezialtatbeständen den spezielleren, nämlich den vom Gesetzgeber für den dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Sachverhalt geschaffenen und auf ihn zugeschnittenen, zuzulassen. Dies ist jedoch, auch wenn die Entscheidung nach § 13 AGBG in Form einer einstweiligen Verfügung ergeht, die Klage nach § 19 AGBG.

4.5 Frage der Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen i.S. von § 19 AGBG

4.5.1 Die Bedeutung von § 21 Satz 1 AGBG

Diese Bestimmung soll die erwünschte rechtliche Breitenwirkung einer Entscheidung nach § 13 AGBG ermöglichen, damit auch im Individualprozeß der Vertragspartner des verurteilten Verwenders die Möglichkeit hat, sich auf das Unterlassungsurteil zu berufen, ohne daß das Gericht genötigt ist, nochmals die gesamte Problematik aufrollen zu müssen und dabei unter Umständen auch noch zu gegenteiligen Ergebnissen gelangt. Die rechtspolitische Diskussion wie auch die Beratungen im Gesetzgebungsverfahren führten zu heftigen Kontroversen, wobei die Gegner dieser Vorschrift ernstzunehmende Bedenken "gegen eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung auf Kunden des AGB-Verwenders" [96] angemeldet haben. Wenn nämlich

---

96) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 21 AGBG, Rd. Nr. 2 m.w.N.

das Gericht eines Individualprozesses an die abstrakte Unterlassungsentscheidung eines anderen Gerichts gebunden ist, sofern der Prozeßgegner des zur Unterlassung verurteilten Verwenders sich auf das Unterlassungsurteil beruft, [97] so stellt dies eine Art der Rechtskrafterstreckung dar, wie sie in dieser Form in der ZPO sonst nicht zu finden ist. § 21 Satz 1 AGBG bedeutet demnach "eine die Rechtskraftregeln der §§ 325 ff. ZPO durchbrechende Drittwirkung des Unterlassungsurteils auf einen selbständigen Prozeß". [98]

Die Kritik richtete sich aber auch dagegen, daß zwar eine Prozeßpartei in dem neuen Verfahren sich auf ein ihr günstiges Urteil eines früheren Prozesses berufen könne, nicht dagegen der Gegner, nämlich der AGB-Verwender, wenn er in dem entsprechenden Vorprozeß obsiegt hatte. Da eine solche zweiseitige Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht getroffen werden konnte, weil damit der Partei, die am Vorprozeß nicht beteiligt war, das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) abgeschnitten würde, hat der Bundesrat in seiner Anrufung des Vermittlungsausschusses auch bean-

---

97) § 21 Satz 1 AGBG ist nicht als von Amts wegen zu beachtende Einwendung, sondern als Einrede konzipiert, die demnach, wie z.B. die Verjährung, nur zu beachten ist, wenn sie im Prozeß ausdrücklich erhoben wird.

98) Müller-Graff in JZ 1977, S. 254.

tragt, § 21 AGBG ersatzlos wegfallen zu lassen. [99] Der Vermittlungsausschuß folgte dem Streichungsantrag jedoch nicht und der Bundesrat hat dem schließlich zugestimmt, so daß § 21 Satz 1 AGBG in der nun vorliegenden Form verabschiedet wurde. Der Grund hierfür dürfte darin zu suchen sein, daß die Einführung des abstrakten Unterlassungsverfahrens den beabsichtigten Erfolg ohne rechtliche Breitenwirkung nicht gezeitigt hätte und das Gesetz "mit der Gewährung einer Einrede zugunsten des Kunden einen Mittelweg zwischen amtswegiger Berücksichtigung des Unterlassungsurteils und bloßer Inzidentprüfung der AGB nach bisherigem Muster" [100] gefunden hat.

4.5.2 Auswirkungen der Abwehrklage auf das Unterlassungsurteil im Individualprozeß

Die neuartige Regelung der Bindungswirkung von Unterlassungsurteilen bedingt, daß eine erfolgreiche Vollstreckungsabwehrklage dem obsiegenden Verwender nur unzureichenden Schutz gewährt, da zwar bei erneuter Verwendung der zunächst verbotenen oder einer ihr gleichartigen Klausel nicht mehr gegen ihn vollstreckt werden kann, seine Kunden wegen § 21 Satz 1 AGBG sich jedoch nach wie vor auf das Unterlassungsurteil berufen und damit die strittige Klausel zu Fall bringen könnten. Um diese unerwünschte Folge zu verhindern, galt es für den Gesetzgeber ein Korrektiv zu schaffen. Dieses findet

---

99) BTDr. v. 19.7.1976, Nr. 7/5617, S. 4/5.

100) vgl. Kühne in JR 1977, S. 136.

sich in § 21 Satz 2 AGBG, welcher besagt, daß die Berufung auf die Wirkung des Unterlassungsurteils ausgeschlossen ist, wenn der Verurteilte gegen das Urteil die Klage nach § 19 AGBG erheben könnte. Damit ist gewährleistet, daß der betroffene Verwender weder durch eine drohende Zwangsvollstreckung aus dem Unterlassungsurteil, noch durch die Breitenwirkung des § 21 Satz 1 AGBG an der Wiederverwendung der jeweils streitgegenständlichen Klausel gehindert ist. Die gesetzliche Formulierung von § 21 Satz 2 AGBG ist zunächst insofern mißverständlich, als sie nichts darüber besagt, was geschehen soll, wenn der Verurteilte die Vollstreckungsabwehrklage bereits erhoben oder gar erfolgreich beendet hat. Hierbei handelt es sich jedoch offensichtlich um ein reines Versehen, indem vergessen wurde, diese weitere und sogar näherliegende Möglichkeit mit in das Gesetz aufzunehmen. Im Wege einfacher Auslegung "a maiori ad minus" kommt man jedoch zu dem Ergebnis, daß die Einrede nach § 21 Satz 1 AGBG auch dann abgeschnitten ist, wenn die Vollstreckungsabwehrklage schon erhoben wurde oder der Kläger mit ihr obsiegt hat. [101] Ist der Verwender allerdings mit der Abwehrklage unterlegen, so nützt ihm die Bestimmung von § 21. S. 2 AGBG nicht mehr. § 21, S. 2 AGBG ist nämlich nach seinem Zweck auf Verhinderung einer Wettbewerbsverzerrung so aufzufassen, daß darunter nur begründete, also erfolgreiche Klagen nach § 19 AGBG fallen. Hat der Verwender aber die Abwehrklage verloren, dann kann er gegen die Unterlassungsentscheidung keine erfolgversprechende Klage mehr erheben, da dieser die Rechtskraft des

---

101) Im Ergebnis ebenso Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 6.

Urteils aus dem ersten Vollstreckungsabwehrprozeß entgegensteht. Etwas anderes gilt nur, wenn der Verwender sich auf eine neue, weitere Entscheidung des BGH berufen kann, die noch nicht Gegenstand der erfolglosen Abwehrklage war und mit deren Geltendmachung der Verwender auch nicht ausgeschlossen ist.

Interessanterweise hat der Gesetzgeber die Schutzklausel nach § 21, S. 2 AGBG nicht in die Form einer Einrede gekleidet, sondern das Gericht des jeweiligen Individualprozesses hat von Amts wegen sämtliche Voraussetzungen von § 19 AGBG auf ihr Vorliegen hin zu prüfen. Das Gesetz verlangt nämlich nicht, daß der Verwender sich auf die Klagemöglichkeit beruft, sondern läßt die Einrede nach § 21, S. 1 AGBG schon dann nicht mehr zu, wenn die Klagemöglichkeit nach § 19 AGBG gegeben ist. Dies scheint auf den ersten Blick ein Widerspruch zu dem der Abwehrklage nach § 19 AGBG innewohnenden Dispositionsprinzip zu sein, ist jedoch eine begrüßenswerte Konsequenz, da die Härte der Bindungswirkung von § 21, Satz 1 AGBG dadurch wieder ausgeglichen wird, daß das Gericht auch ohne entsprechenden Antrag von sich aus zu überprüfen hat, ob die Erhebung der Einrede, nämlich die Berufung auf ein Unterlassungsurteil, noch gerechtfertigt ist oder ob zwischenzeitlich eine abweichende höchstrichterliche Entscheidung ergangen ist und durch das Festhalten am Unterlassungsurteil einer Prozeßpartei unzumutbare Nachteile innerhalb ihres Gewerbebetriebes entstehen würden.

Die von Amts wegen durchzuführende Inzidentprüfung wirft als nächstes die Frage auf, ob das erkennende Gericht auch an das die Klage nach § 19 AGBG eröffnende Urteil des Bundesgerichtshofs gebunden ist, wenn es im übrigen die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Vollstreckungsabwehrklage bejaht hat. Bei erster Betrachtung scheint man eine solche erweiterte Bindungswirkung befürworten zu müssen, da § 21 Satz 2 AGBG das genaue Gegenstück zu Satz 1 dieser Vorschrift bildet und in Satz 1 gerade die Bindung an Urteile eröffnet ist, die nicht einmal höchstrichterlicher Natur sein müssen. Zu den Vertretern dieser Auffassung zählt insbesondere Löwe, [102] der davon ausgeht, daß jedenfalls das Gericht der Vollstreckungsabwehrklage an das abweichende BGH-Urteil gebunden sei, weshalb im Interesse der Prozeßökonomie die Bindung auch außerhalb des Verfahrens nach § 19 AGBG gegeben sein müsse, da dem verurteilten Verwender nicht zuzumuten sei, in jedem Falle die Vollstreckungsabwehrklage durchführen zu müssen, um die Bindungswirkung des Urteils i.S. von § 19 AGBG zu erreichen.

Diese Argumentation erscheint jedoch nicht zwingend. Weder der Wortlaut von § 19 AGBG noch die Gesetzesmaterialien sagen etwas darüber aus, daß das Gericht, welches über die Vollstreckungsabwehrklage zu entscheiden hat, an das abweichende Urteil, auf das der Kläger sich stützt, gebunden ist. Die Möglichkeit, sich auf

---

102) vgl. Löwe/Graf v.Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 7.

eine Einrede zu berufen, bedeutet nämlich nicht automatisch, daß das erkennende Gericht damit zugleich in seiner Entscheidung in der Weise gebunden ist, daß es aufgrund des abweichenden Urteils der Vollstreckungsabwehrklage stattgeben müsse. Eine solche Auslegung widerspricht dem Wesen der sachlichen Unabhängigkeit der Gerichte und würde bedeuten, daß in diesen Fällen den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe Gesetzeskraft zukäme. Es würde auch letztlich zu einer Erstarrung der Rechtsentwicklung führen, wenn alle Klauseln, die einmal höchstrichterlich und in Abweichung von einem Urteil nach § 13 AGBG für zulässig erklärt wurden, keinerlei gerichtlicher Nachprüfung mehr unterlägen, weil die Zulässigkeitsfeststellung bezüglich dieser Klausel alle anderen Gerichte bindet.

Auch § 21 Satz 2 führt nicht zur Bindungswirkung der Entscheidung i.S. von § 19 AGBG, da er lediglich die in § 21 Satz 1 AGBG vorgegebene Bindung beseitigt, was zur Folge hat, daß nunmehr das Gericht des Individualprozesses in eigener Verantwortung entscheiden kann und muß, ob es dem Unterlassungsurteil oder der abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung folgen will. Schließlich bringt auch der Schluß aus § 21 Satz 1 AGBG keine Bindung der Gerichte an das Urteil im Sinne von § 19 AGBG, da die dort festgelegte Bindungswirkung ausschließlich dem Zweck dient, eine rechtliche Breitenwirkung von Unterlassungsurteilen zu erzielen, nicht aber eine Festschreibung der Rechtsprechung beabsichtigt.

5. Möglichkeiten der analogen Anwendung von § 19 AGBG

5.1 Änderung der Gesetzgebung

Abschließend bleibt die Frage zu klären, ob verurteilten Verwendern und kommerziellen Empfehlern die Klage nach § 19 AGBG offensteht, wenn das Gesetz geändert wird; wenn also eine Verurteilung nach § 13 AGBG auf ein Klauselverbot nach §§ 10 oder 11 AGBG gestützt ist und nachträglich dieses Verbot durch den Gesetzgeber aufgehoben wird, wodurch die Grundlage für den Anspruch des Unterlassungsklägers in Wegfall kommt.

Allgemein hat das Reichsgericht zu diesem Problem mit Urteil vom 15.4.1935 entschieden, [103] daß eine Änderung der Gesetzgebung die Erneuerung eines rechtskräftig abgeschlossenen Streits nur dann rechtfertigen könne, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich zugelassen habe oder wenn es sich um dauernde, in jedem Augenblick neue Ansprüche erzeugende Rechtsverhältnisse handle. Im Anschluß an diese Entscheidung befürworten z.B. Stein/Jonas und Baumbach [104] die Zulassung der Vollstreckungsabwehrklage im Falle des Wechselns der Gesetzgebung bei Dauerrechtsverhältnissen.

Beim Vergleich mit der Problematik des AGBG ist festzuhalten, daß eine Unterlassungsverpflichtung des Schuldners für den Gläubiger

---

103) vgl. RGZ Bd. 147, S. 390.

104) vgl. Stein/Jonas/Münzberg a.a.O., § 767 ZPO, Anm. II 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 767 ZPO, Anm. 2c.

keinen einheitlichen Anspruch auf wiederkehrende Leistungen darstellt, wie dies nach den beschriebenen Meinungen für die Zulassung der Abwehrklage bei Änderung der Gesetzgebung erforderlich wäre. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, daß ein Unterlassen ebenfalls ein bestimmtes dauerndes Verhalten erfordert und daher einem Dauerverhältnis im obigen Sinne gleichzusetzen ist, hilft dies jedenfalls den verurteilten Klauselverwendern nur in unzureichender Weise, da die Zulassung der allgemeinen Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO nicht die Wirkungen gemäß § 21, S. 2 AGBG entfaltet.

Die Klagemöglichkeit nach § 19 AGBG ist jedoch auch im Falle der Änderung der Gesetzgebung zu bejahen. [105] Zu erreichen ist dieses Ergebnis im Wege der Analogie. Der Gesetzgeber hat nämlich zur Klagemöglichkeit im Falle der Gesetzesänderung erkennbar keine Entscheidungen getroffen, so daß diese Frage offengeblieben ist. In Fällen gesetzlicher Änderung der Klauselverbote des AGBG kann jedoch § 19 AGBG analog angewendet werden. Auch Sondervorschriften wie § 19 sind nämlich einer sinngemäßen Anwendung zugänglich, wenn ihnen ein bestimmtes eigenes Prinzip zugrundeliegt. [106] Grundgedanke von § 19 AGBG ist es aber, die Chancengleichheit innerhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu gewährleisten und wiederherzustellen. Wenn daher eine von einem Unter-

---

105) Im Ergebnis ebenso Grunsky in Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, S. 325 ff.

106) vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1957, in BGHZ, Bd. 26, S. 83.

lassungsurteil nach § 13 AGBG abweichende höchstrichterliche Entscheidung ausreicht, um die Erhebung der Abwehrklage zu ermöglichen, so muß dies durch analoge Anwendung von § 19 AGBG erst recht der Fall sein, wenn das Gesetz geändert wird, auf das die Unterlassungsentscheidung gestützt ist. Hier hat nämlich nicht nur ein Obergericht, sondern dann sogar der Gesetzgeber festgestellt, daß das beanstandete und untersagte Handeln des Verurteilten als nicht mehr beanstandenswert erscheint, weshalb dem Verurteilten auch die Möglichkeit eingeräumt werden muß, die Folgen der Verurteilung, nämlich drohende Vollstreckung und die Berufungsmöglichkeit auf das Urteil im Rahmen von § 21, S. 1 AGBG wieder zu beseitigen. Indem dies im Wege der Klage nach § 19 AGBG geschieht, ist zusätzlich dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung getragen, da so die Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung nicht berührt wird.

Grunsky, der die Klagemöglichkeit im Falle der Gesetzesänderung ebenfalls bejaht, meint nun, dies solle auf dem Wege der allgemeinen Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geschehen.[107] Abgesehen davon, daß Analogien sich allgemein möglichst auf solche Gesetzesbestimmungen beziehen sollten, die für Sachverhalte geschaffen wurden, die denjenigen, welche analog behandelt werden, möglichst nahekommen, spricht ein wesentlicher Gesichtspunkt gerade für eine Analogie zu § 19 AGBG. Dort ist nämlich - wie in § 767 ZPO nicht - auf das Erfordernis der "unzumutbaren

107) Grunsky, Festschrift a.a.O., S. 330

Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes" abgestellt. Auch in Fällen der Änderung der Rechtssprechung sind aber Abwehrklagen gegen eine Unterlassungsentscheidung nur geboten und zuzulassen, wenn sie aus Gründen zur Wiederherstellung gleicher Wettbewerbschancen erforderlich sind. Ist dies nicht der Fall, muß es im Interesse der Rechtssicherheit bei der Unterlassungsentscheidung sein Bewenden haben.

5.2 Problem der "Ausgleichsklausel"

Grunsky [108] vertritt weiter die Auffassung, es müsse einem verurteilten Unternehmer möglich sein, im Wege der Klage nach § 19 AGBG geltend zu machen, er verwende die beanstandete Klausel zwar weiter, habe jedoch in seine AGB eine andere Klausel zusätzlich aufgenommen, die den Kunden begünstige, wodurch insgesamt eine für den Kunden verbesserte Rechtslage geschaffen sei. Er begründet dies mit dem Inhalt von § 9 AGBG, wonach die Bewertung einer Klausel sich danach richte, ob sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Einzelne Klauseln in AGB dürften daher nicht isoliert betrachtet werden, sondern ihre Wirksamkeit müsse am gesamten Inhalt der Geschäftsbedingungen gemessen werden.

---

108) Festschrift a.a.O., S. 326

Vorab ist zu dieser Meinung festzuhalten, daß sie sich sicher nicht auf die Klausel des § 11 AGBG anwenden läßt. Dort sind nämlich die Klauselverbote zusammengefaßt, die keine Wertungsmöglichkeit eröffnen, die also keine unbestimmten Rechtsbegriffe beinhalten, sondern stets unwirksam sind. Die Verwendung einer solchen Klausel verstößt demnach gegen ein gesetzliches Verbot und kann deshalb nicht durch eine andere, dem Kunden günstigere Regelung ausgeglichen werden.

Aber auch für Klauseln, deren Zulässigkeit sich an der Generalklausel des § 9 AGBG oder den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit nach § 10 AGBG bemißt, kann die Anschauung von Grunsky nicht befürwortet werden. Zum einen entfernt sie sich zu weit vom Wortlaut und Inhalt von § 19 AGBG, der als Einwendung nur höchstrichterliche Urteile, also gerichtliche Hoheitsakte letzter Instanz, zuläßt, so daß insoweit eine Analogie nicht mehr vertretbar erscheint. Es läge dann nämlich allein in der Hand des Unternehmers, sich selbst eine Einwendung, welche die Klagemöglichkeit nach § 19 AGBG eröffnet, zu schaffen. Zum anderen würde jedoch auch in hohem Maße eine Rechtsunsicherheit geschaffen, die gerade durch das AGBG ausgeräumt werden sollte. So ergäbe sich die Situation, daß dieselbe Klausel bei derselben Branche einmal zulässig und einmal unzulässig sein könnte, je nachdem, welche Zusatzklauseln der einzelne Unternehmer verwendet. Außerdem könnte jeder verurteilte Unternehmer die angestrebte und durch § 21, S. 1 AGBG gewährleistete Breitenwirkung der Unterlassungsentscheidung, ohne die Abwehrklage zu erheben, durch Einfügung einer Zusatzklausel in seine AGB unterlaufen, was wegen § 21, S. 1 AGBG in jedem Individualprozeß überprüft werden müßte.

5.3 Änderung der allgemeinen Anschauung über die Unzulässigkeit von AGB-Klauseln

Es kann sich die Situation ergeben, daß einem Unternehmer durch eine Entscheidung nach § 13 AGBG die Verwendung einer Klausel untersagt ist, während sich im Laufe der Zeit die allgemeine Ansicht über die Frage der Unzulässigkeit eben dieser Klausel ändert, ohne daß hierüber eine höchstrichterliche Entscheidung ergeht. Auch in solchen Fällen geht Grunsky [109] davon aus, daß dem betroffenen Unternehmer die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage möglich sein sollte. Tatbestandsmerkmal des Unterlassungsanspruchs sei nämlich u.a. der Widerspruch zu den jeweiligen Anschauungen. Durch einen Wandel der Anschauungen darüber, was mit Treu und Glauben vereinbar ist, könne aber der Anspruch entfallen.

Auch zu dieser Meinung ist zunächst wieder festzustellen, daß sie sich so weit vom Wortlaut des § 19 AGBG entfernt, daß sie allenfalls de lege ferenda, nicht aber im Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden könnte. Darüber hinaus bestehen aber generelle Bedenken gegen diese Auffassung. Die "allgemeine Anschauung" wird, soweit sie sich nicht in Gerichtsurteilen niederschlägt, in erster Linie durch die Ansichten der Klauselverwender geprägt, da sie es sind, die im Gegensatz zum Letztverbraucher täglich mit AGB operieren und sie dem Kunden die Verwendung von Geschäftsbedingungen andienen. Wollte man daher die Änderung der allgemeinen

---

109) Festschrift a.a.O., S. 327.

Anschauung als Einwendung nach § 19 AGBG zulassen, so brächte dies sofort die Gefahr von Manipulation eben dieser Anschauung mit sich. Es wäre ein leichtes, daß Unternehmer aus derselben Branche sich zusammentun und die gemeinsame Verwendung einer zunächst für unzulässig erklärten Klausel beschließen, um so eine geänderte "allgemeine Anschauung" zu schaffen. Allein um dies zu verhindern, muß daher eine Klagemöglichkeit nach § 19 AGBG wegen Änderung der allgemeinen Anschauung abgelehnt werden.

5.4 Anwendung von § 19 AGBG gegen Verwender und Empfehler

Das Gesetz enthält keine Regelung darüber, was der klagende Verband unternehmen kann, wenn er mit der Klage nach § 13 AGBG unterliegt, nachträglich aber eine höchstrichterliche Entscheidung ergeht, welche die Verwendung der strittigen Klausel untersagt. Zu dieser Frage wird teilweise die Ansicht vertreten, man könne "gerechterweise nicht umhin, § 19 AGBG analog auch gegen Verwender und Empfehler anzuwenden". [110] Der durch die erfolgreiche Verteidigung bestimmter AGB-Klauseln geschaffene Freiheitsrahmen müsse nämlich entfallen, wenn andere auf dem gleichen Gebiet in ihrem Bewegungsrahmen durch die höchstrichterliche Entscheidung eingeengt seien.

---

110) Schlosser/Coester/Waltjen/Graba a.a.O., § 19 AGBG, Rd.Nr.11; im Ergebnis ebenso Grunsky, Festschrift a.a.O., S. 331.

Diese zunächst plausibel erscheinende Argumentation hält jedoch einer näheren Nachprüfung nicht stand. Es zeigt sich vielmehr, daß ein Bedürfnis für die Abwehrklage nach § 19 AGBG auf Seiten der im Rahmen von § 13 AGBG klageberechtigten Verbände nicht besteht. Einem klageabweisenden Urteil im Verfahren nach § 13 AGBG fehlt nämlich die Breitenwirkung nach § 21, S. 1 AGBG. Der siegreiche Unternehmer kann sich also nicht im Individualprozeß gegenüber seinen Kunden auf das obsiegende Urteil berufen, sondern es könnte dennoch im Individualverfahren die Unwirksamkeit der fraglichen Klausel festgestellt werden. Außerdem droht dem Verband bei Unterliegen im Unterlassungsprozeß keine Vollstreckung seitens des Unternehmers, es sei denn, wegen der Verfahrenskosten, was jedoch in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung ist. Schließlich aber dient § 19 AGBG dazu, eine ungleiche Wettbewerbssituation auszugleichen, was für den klagenden Verband ohne Bedeutung ist, da er sich in Bezug auf die Unterlassungsverfahren nicht in Wettbewerb mit anderen Verbänden befindet. Es besteht vielmehr sogar die Möglichkeit, daß ein anderer klageberechtigter Verband gegen den zunächst siegreichen Unternehmer nochmals wegen derselben Klausel vorgeht, da dem die Rechtskraft des ersten Urteils nicht entgegensteht. Eine Notwendigkeit, §19 AGBG analog zugunsten der klageberechtigten Verbände anzuwenden, besteht daher nicht.

6. Alternativen zu § 19 AGBG

Die zahlreichen Kritiken und Zweifel, die § 19 AGBG hervorgerufen hat, [111] nötigen zu der Überlegung, ob der Gesetzgeber nicht besser einen anderen Rechtsbehelf gewählt hätte, um das Problem des Ausgleichs zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu lösen. Zu denken ist demnach an die Abänderungsklage, an die Klage nach § 826 BGB und auch an § 79 Abs. 2 BVerfGerGes.

6.1 § 79 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz und seine Bedeutung für § 19 AGBG

Nicht eigentlich eine ähnliche Bestimmung, sondern die Verweisung und Bezugnahme auf die Vollstreckungsabwehrklage findet sich in § 79 Abs. 2 BVerfGerGes. Die Bestimmung in ihrer Gesamtheit dient zur Regelung der sich ergebenden Folgen, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsnorm für unvereinbar mit dem Grundgesetz oder für nichtig erklärt hat. Während § 79 Abs. 1 BVerfGerGes vorsieht, daß gegen rechtskräftige Strafurteile, die auf einer solchen Norm beruhen, die Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens möglich ist, bestimmt § 79 Abs. 2 des Gesetzes, daß, vorbehaltlich einer

---

111) z.B. Palandt/Heinrichs a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 1: Die Bedeutung der Vorschrift wird denkbar gering sein; Weber in der Betrieb 1976, S. 2274: . . . eine wenig glückliche Bestimmung; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 1: Es hätte wohl genügt, sich in krassen Fällen mit Rechtsbehelfen nach § 765a ZPO oder mit einer Klage nach § 826 BGB zu begnügen.

besonderen gesetzlichen Regelung, alle anderen nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Norm [112] beruhen, "unberührt" bleiben, also nicht angreifbar sind. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist allerdings unzulässig (§ 79 Abs. 2 S.2 BVerfGerGes), wobei das Vollstreckungsverbot grundsätzlich automatisch mit der Wirksamkeit des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses in Kraft tritt. Eine wesentliche Einschränkung erfährt jedoch das Vollstreckungsverbot in allen Fällen, in denen die Entscheidung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu vollstrecken ist. Hierher zählen also zivilrechtliche Endurteile sowie die in § 794 ZPO aufgeführten Titel, soweit sie unanfechtbar sind. Durch die Verweisung auf die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO tritt nämlich bei allen diesen Entscheidungen kein automatisches Vollstreckungsverbot ein, sondern die Vollstreckbarkeit muß im Klagewege beseitigt werden. Im Zuge der Reformversuche um § 79 BVerfGerGes legte die Bundesregierung im Jahre 1968 einen Änderungsentwurf vor, [113] wonach die Verweisung auf § 767 ZPO entfallen sollte, § 79 BVerfGerGes in seinem Abs. 2 vielmehr folgendermaßen neu gestaltet werden sollte:

---

112) § 79 Abs. 2 BVerfGerGes ist auch anwendbar, wenn die Entscheidung auf einer vom Bundesverfassungsgericht mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten Norm oder deren Auslegung beruht, da § 79 Abs. 2 an § 79 Abs. 1 anknüpft (vgl. Maunz/ Ulsamer Kommentar zum BVerfGerGes, § 79, Rd. Nr. 25).

113) Drucksache der Bundesregierung Nr. 594/68.

> Unanfechtbare Entscheidungen bleiben unberührt. Soweit sie sich auf die Zeit nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beziehen, ist die Vollstreckung unzulässig. Für diesen Zeitraum erbrachte Leistungen sind zu erstatten.

Dieser Entwurf wurde jedoch nie Gesetz und auch spätere Änderungsvorschläge scheiterten, da letztlich im Bundestag die Meinung vorherrschte, daß eine sachliche Änderung von § 79 BVerfGerGes nicht geboten sei.

Die Regelung des § 79 Abs. 2 BVerfGerGes stellt letztlich "einen Kompromiß zwischen den Forderungen nach Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit im Einzelfall dar". [114] Allerdings ist dem Gedanken des Rechtsfriedens der Vorrang vor dem Rechtsschutz des Einzelnen eingeräumt, da der Bestand einer rechtskräftigen Entscheidung auch durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm nicht beseitigt wird, sondern lediglich die Vollstreckung, soweit sie noch nicht abgeschlossen ist, unzulässig wird. Das vom Gesetzgeber gewollte Primat der Rechtssicherheit läßt sich besonders deutlich an § 79 Abs. 2 S. 4 BVerfGerGes erkennen, wonach Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen sind. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, durch die eine Rechtsvorschrift für nichtig erklärt wird, mit Ausnahme strafrichterlicher

---

114) Maunz/Ulsamer a.a.O., § 79 BVerfGerGes, Rd. Nr. 4.

Erkenntnisse grundsätzlich keine Auswirkung auf bereits abgewickelte Rechtsbeziehungen haben soll.

Gerade für § 19 AGBG spielt jedoch § 79 Abs. 2 BVerfGerGes insoweit eine besondere Rolle, als beide Bestimmungen die verfahrensrechtlich außergewöhnliche Regelung vorsehen, daß aufgrund von neuen Erkenntnissen der Rechtssprechung frühere, bereits rechtskräftige Entscheidungen im Wege der Vollstreckungsabwehrklage zumindest noch soweit angegriffen werden können, daß ihre Vollstreckbarkeit beseitigt wird. Auch während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGBG war § 79 Abs. 2 BVerfGerGes von Bedeutung, weil der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift den Bundesrat in seiner 437. Sitzung am 16. Juli 1976 bewogen hat, die Anrufung des Vermittlungsausschusses gemäß Art. 77 Abs. 2 GG auch in Bezug auf § 19 AGBG mit dem Zweck zu beschließen, diese Bestimmung aus dem Gesetzesentwurf zu streichen. [115] Durch die Verabschiedung der Vorschrift ist sie jedoch nunmehr dem § 79 Abs. 2 BVerfGerGes gleichgestellt, als sie ebenfalls auf § 767 ZPO Bezug nimmt. Ein nicht unwesentlicher Unterschied liegt jedoch darin, daß im Rahmen von § 79 Abs. 2 BVerfGerGes die Bestimmung des § 767 ZPO nur entsprechend anzuwenden ist, während eine solche nur entsprechende Anwendung dem Wortlaut von § 19 AGBG nicht unmittelbar

---

115) vgl. BTDr. 7/5617 vom 19.7.1976.

entnommen werden kann. Die bisherigen Untersuchungen haben jedoch gezeigt, daß auch die Abwehrklage nach dem AGBG keine reine Gesetzesanalogie zu § 767 ZPO darstellt, sondern als Spezialnorm verschiedenen, ihrem gesetzgeberischen Zweck entspringenden Besonderheiten unterliegt, ohne daß es des ausdrücklichen Hinweises im Gesetz bedurfte, daß die Bezugnahme auf die ZPO-Klage nicht wortgetreu aufzufassen sei.

6.2 Abgrenzung der Vollstreckungsabwehrklage von ähnlichen Rechtsinstituten

Wie dargelegt, berührt die Vollstreckungsabwehrklage nach § 19 AGBG nicht die Rechtskraft des Unterlassungsanspruchs, sondern beseitigt nur die Auswirkungen des Urteils, nämlich seine Vollstreckbarkeit. Das Zivilprozeßrecht kennt jedoch auch Maßnahmen und Rechtsbehelfe, die in ihrer Wirkung über die Klage nach § 19 AGBG hinausgehen und den Bestand der Rechtskraft [116] angreifen. Die Untersuchungen dieser Rechtsinstitute erscheint erforderlich für die Prüfung der Frage, warum der Gesetzgeber die Klage nach § 19 AGBG in die Form der Vollstreckungsabwehr-

---

116) Dies bezieht sich sowohl auf die formelle Rechtskraft, die eintritt, wenn eine Entscheidung unangreifbar ist, also ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf überhaupt nicht bzw. nicht mehr stattfindet (§ 705 ZPO), wie auch auf die materielle Rechtskraft, die als Folge der formellen Rechtskraft bewirkt, daß der Entscheidungsinhalt sowohl für Parteien wie Gerichte bindend festgestellt und festgelegt ist, wenn ein späterer Rechtsstreit sich mit derselben Rechtsfolge befaßt (§ 322 ZPO).

klage gekleidet hat und ob diese Entscheidung als richtig und zweckmäßig angesehen werden kann.

6.2.1 Die Abänderungsklage

§ 323 ZPO läßt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen die Klage auf Abänderung des Urteils zu, wenn eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eintritt, "die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren". Diese Bestimmung erlaubt unter teilweiser Beseitigung der Rechtskraft eines früheren Urteils die erneute Entscheidung über denselben Anspruch. "Teilweise Beseitigung" deshalb, weil eine Einschränkung der Abänderungsmöglichkeit nach § 323 Abs. 3 ZPO insoweit besteht, als sie sich nicht auf die Vergangenheit, sondern nur auf die Zukunft erstrecken darf, da das Urteil "nur für die Zeit nach Erhebung der Klage" abgeändert werden darf.

Die Abänderungsklage ist der Vollstreckungsabwehrklage sehr ähnlich ausgestaltet, indem auch hier die Zulässigkeit der Klage davon abhängt, daß die Gründe, auf die sie gestützt wird, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung des Klageantrages oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (§ 323 Abs. 2 ZPO). Die

Klage nach § 323 ZPO ist ebenfalls eine prozessuale Gestaltungsklage, die keinen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch gewährt. [117]

Begründetheitsvoraussetzung ist die w e s e n t l i c h e Änderung der Umstände, auf denen Bejahung oder Verneinung des Anspruchs, sein Umfang oder seine Art nach dem Inhalt des früheren Urteils beruhen. Wesentlich ist eine Änderung dann, wenn das Gericht, hätte es die Umstände bei Erlaß seiner Entscheidung gekannt, ein anderes Urteil gefällt hätte. [118] Unter Verhältnissen, die sich geändert haben müssen, sind die Tatsachen zu verstehen, auf denen die Entscheidung aufbaut. Eine Veränderung in der Beurteilung von Tatsachen soll dagegen nicht für eine Abänderungsklage ausreichen, [119] weshalb nach allgemeiner Meinung die Änderung der Rechtssprechung keine Klagemöglichkeit einräumt. Es sei hier nur auf Stein/Jonas/Schumann/Leipold verwiesen, wo ausgeführt wird, daß "ein Wandel der Rechtssprechung . . . die Rechtskraftwirkung früherer Urteile

---

117) Rosenberg/Schwab a.a.O., § 159, II; Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 323 ZPO, Anm. 3A; Thomas/Putzo a.a.O., § 323 ZPO, Anm. 1 m.w.N.

118) Hier ist dem Gericht ein Ermessungsspielraum eingeräumt, der sich ähnlich auch in § 19 AGBG findet, der verlangt, daß die Zwangsvollstreckung den Verwender in unzumutbarer Weise in seinem Geschäftsbetrieb beeinträchtigt. Ob die dortige Einschränkung zweckmäßig und geboten ist, wurde an anderer Stelle bereits dargelegt.

119) vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1968, VersR 1969, S. 236.

unberührt" läßt. [120] Auch das Reichsgericht hat die Anwendbarkeit von § 323 ZPO auf Fälle geänderter Rechtssprechung schon verneint, da dies dazu führen würde, "daß im Falle einer Wandlung der Rechtssprechung in irgendeiner grundsätzlichen Frage alle Urteile trotz Rechtskraft unbeachtlich wären, bei denen die Entscheidung auf der älteren neuerdings aufgegebenen Gesetzesauslegung beruht". [121] Das RG-Urteil fährt dann fort, daß dies nicht der Sinn des Gesetzes sein könne, eine solche Ansicht vielmehr mit der durch die Rechtskraft zu schaffenden Rechtssicherheit unvereinbar sei.

6.2.2 Die Restititionsklage

Auch bei der Restitutionsklage nach § 580 ZPO handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungsklage, die jedoch einen anderen Zweck als die Vollstreckungsabwehrklage verfolgt, nämlich die Aufhebung des früheren Urteils mit rückwirkender Kraft. Restitutionsklagen richten sich daher gegen den festgestellten Anspruch, ihr Ziel ist die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft, nicht nur die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des angegriffenen Urteils. Eine Betrachtung der einzelnen Restitutionsgründe zeigt, weshalb der Gesetzgeber hier der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug vor der Rechtssicherheit eingeräumt hat. Es handelt sich nämlich generell um Gründe, bei deren

---

120) a.a.O., § 322 ZPO, Anm. X, 7.

121) Urteil vom 25.6.1929, RGZ Bd. 125, S. 159 ff.

Vorliegen "die Urteilsgrundlagen in evidenter Weise erschüttert worden sind",[122] wie z.B. bei der zu Beweiszwecken vorgelegten verfälschten Urkunde oder einer unwahren Zeugenaussage. Das Vorliegen eines Restitutionsgrundes muß zwar nicht bedeuten, daß das Urteil in seinem Ergebnis immer falsch ist, jedoch ist die Richtigkeit des Urteilsergebnisses so sehr in Frage gestellt, daß seine Nachprüfung trotz vorliegender Rechtskraft dringend geboten erscheint.

Während die Ziffern 1 bis 5 von § 580 ZPO voraussetzen, daß ein strafbares Verhalten die Entscheidung des Gerichts beeinflußt hat, weshalb auch gemäß § 581 ZPO Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung der Restitutionsklage ein rechtskräftiges, verurteilendes Straferkenntnis ist, lassen sich die Ziffern 6 und 7 von § 580 ZPO mit der Vollstreckungsabwehrklage wesentlich besser vergleichen. Hierbei handelt es sich nämlich nicht um Voraussetzungen, die in unlauterer, ja strafbarer Weise den Beweis eines nicht oder nicht mehr bestehenden Anspruches geführt oder sein Vorliegen verleugnet haben, sondern es finden Umstände Berücksichtigung, die ein auf korrekte Weise zustande gekommenes Urteil beeinflußt hätten, wenn sie bei dessen Erlaß schon vorgelegen hätten oder bekannt gewesen wären. Dazu zählen das rechtskräftige Urteil eines anderen Gerichts, welches

---

122) Stein/Jonas/Grunsky a.a.O., § 580 ZPO, Anm. I, 1.

eine Entscheidung, auf der das mit der Restitutionsklage angegriffene Urteil beruht, aufhebt (§ 580 Ziff. 6 ZPO), wobei keine Bindung an die frühere Entscheidung erforderlich ist, sondern es genügt, daß "die Feststellung einer Tatsache, die Beweiswürdigung oder rechtliche Erwägungen" [123] des angegriffenen durch das aufgehobene Urteil beeinflußt wurden. Unter Ziff. 7 von § 580 ZPO fallen schließlich Entscheidungen, die in derselben Sache erlassen worden und früher rechtskräftig geworden sind, wobei dieses Urteil nicht zwischen denselben Parteien ergangen sein muß, sondern die Rechtskrafterstreckung gemäß §§ 325 ff. ZPO ausreicht (§ 580 Ziff. 7a ZPO). Den wichtigsten Restitutionsgrund regelt Ziff. 7b von § 580 ZPO, wonach die Wiederaufnahmeklage gegeben ist, wenn eine Partei eine Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, die eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Urkunden im Sinne dieser Bestimmung sind dabei nur solche, "die durch ihren eigenen Beweiswert einen Mangel des früheren Verfahrens offenbaren können, einen solchen Beweiswert auch im damaligen Verfahren gehabt hätten". [124] Da Urkunden dem Beweis von Tatsachen dienen, zählen Gutachten mit neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht hierher, da diese Beweise nicht durch die Urkunde als solche und die ihr innewohnende Ausagekraft, sondern im Wege der Schlußfolgerung aus dem Urkundeninhalt erbringen.

---

123) Thomas/Putzo a.a.O., § 580 ZPO, Anm. 2 N. 6.

124) Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 580 ZPO, Anm. 4C.

6.2.3 Beseitigung der Rechtskraft mit Hilfe von § 826 BGB

Die höchstrichterliche Rechtssprechung hat schon frühzeitig erkannt, daß die aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlichen strengen, ja starren Regeln der Rechtskraft und die engen, mit Ausnahmecharakter versehenen gesetzlichen Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung in zahlreichen Fällen zu Ungerechtigkeiten führen, wenn eine nachträgliche materiell als unrichtig erkannte Entscheidung aus formellen Gründen nicht mehr korrigiert werden kann und die obsiegende Prozeßpartei die Vorteile dieser falschen Entscheidung ausschöpft. Man suchte daher einen Weg, hier um der Einzelfallgerechtigkeit willen einen Ausgleich zu schaffen, ohne den Grundsatz der Bindung der Gerichte an das gesetzte Recht aufzuheben. Man fand diesen Weg mit Hilfe der Bestimmung von § 826 BGB, wobei argumentiert wurde und wird, daß die Wirkung der Urteilsrechtskraft dann aufzuhören habe, wenn sie bewußt rechtswidrig zu dem Zweck herbeigeführt oder ausgenützt wird, "dem Unrecht den Stempel des Rechts zu geben". [125] So ließ das Reichsgericht und läßt auch noch der Bundesgerichtshof in besonderen Ausnahmefällen neue Klagen mit dem Ziel zu, das aufgrund eines rechtskräftigen Urteils Geleistete zurückzuverlangen, die Zwangsvollstrekkung aus dem Urteil zu unterlassen, den Titel herauszugeben oder gar Schadensersatz zu leisten. Als Anspruchsgrundlage wird jeweils

---

125) vgl. Palandt/Thomas a.a.O., § 826 BGB, Anm. 8o.

§ 826 BGB herangezogen, wobei allerdings strenge Beweisanforderungen gestellt werden.

So hat das Reichsgericht für Fälle, in denen die Restitutionsklage versagt, weil das Urteil zwar unrichtig, von der obsiegenden Partei aber nicht erschlichen ist, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unter Heranziehung von § 826 BGB für unzulässig erklärt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Das Urteil muß im Ergebnis sachlich unrichtig sein.
2. Derjenige, der sich auf die Rechtskraft eines solchen Urteils beruft und von ihm Gebrauch macht, muß die Unrichtigkeit kennen.
3. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, welche die Ausnutzung eines unrichtigen und als unrichtig erkannten Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen. [126]

Der Bundesgerichtshof hat sich dem weitgehend angeschlossen und z.B. mit Urteil vom 21.6.1951 [127] entschieden, ein Verstoß gegen § 826 BGB könne darin liegen, daß "eine Partei ein zwar nicht arglistig erwirktes, aber als unhaltbar erkanntes Urteil vollstreckt oder sonstwie geltend macht und besondere Umstände hinzutreten, welche die Ausnutzung eines solchen Urteils als sitten-

126) Urt. vom 12.9.1941, RGZ Bd. 168, S. 12.

127) vgl. NJW 1951, S. 759.

widrig erscheinen lassen". Ganz ähnlich lautet auch die Entscheidung vom 1.4.1954, [128] wonach der Gebrauch eines unrichtigen, jedoch nicht erschlichenen Urteils sich dann als sittenwidrige Schädigung darstelle, "wenn derjenige, der die Vollstreckung aus diesem Urteil betreibt, die Unrichtigkeit kennt und wenn weitere besondere Umstände hinzutreten, die die Ausnutzung dieses Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen". Den Versuch, diese "besonderen Umstände" in eine etwas konkretere Form zu fassen, hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 5.3.1958 [129] unternommen, wo er ausführt, es müßten zur Unrichtigkeit des Urteils und dem Erkennen dieser Unrichtigkeit "weitere, nicht schon in dieser oder dem Inhalt der Entscheidung liegende Umstände hinzutreten, die die Zulassung der Verwertung des Urteils in besonders hohem Maße unbillig oder geradezu unerträglich machen".

Diese Rechtssprechung hat im Schrifttum heftige Diskussionen ausgelöst, wobei jedoch die Befürworter gegenüber denjenigen, die sie ablehnen, in der Minderzahl sind. [130] Einer der Befürworter, nämlich Lukes, [131] vertritt eine einschränkende Variante, indem er gegen die sittenwidrige Ausnutzung eines unrichtigen Urteils die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO für zulässig erklärt

---

128) BGHZ Bd. 13, S. 71.

129) BGHZ Bd. 26, S. 391.

130) Eine Übersicht über den Stand der Meinungen findet sich bei Rosenberg/Schwab a.a.O., § 163.

131) vgl. ZZP Bd. 72, S. 115.

und als sie stützende Einrede ein Leistungsverweigerungsrecht in entsprechender Anwendung von § 853 BGB heranzieht. Die Schwäche dieser Argumentation liegt darin, daß § 853 BGB davon ausgeht, daß jemand eine Forderung durch eine unerlaubte Handlung e r l a n g t hat, wobei er schuldhaft, nämlich vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muß. Diese Voraussetzungen müssen jedoch bei der Entstehung eines unrichtigen Urteils keinesfalls gegeben sein, weshalb konsequenterweise ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners dann verneint werden müßte, wenn den Gläubiger an der Unrichtigkeit des Urteils kein Verschulden trifft, er die Unrichtigkeit jedoch vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erkennt, diese aber dennoch fortsetzt. Schließlich setzt sich Lukes darüber hinweg, daß nach § 767 Abs. 2 ZPO die Vollstreckungsabwehrklage nur auf Einwendungen gestützt werden kann, die nach Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, entstanden sind. Die Berufung auf § 853 BGB bedeutet aber, daß die Forderung, nämlich das obsiegende Urteil, durch eine unerlaubte Handlung des Gläubigers erlangt sein muß, was eine rechtshindernde Einwendung darstellt, die, wie oben dargelegt, [132] nicht Gegenstand einer Vollstreckungsabwehrklage sein kann.

Ablehnend stehen der Rechtssprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof Thomas/Putzo und Rosenberg/Schwab gegenüber. Während

---

132) vgl. Ziff. 3.4.

erstere vor allem die entstehende "weitgehende Rechtsunsicherheit" [133] bemängeln, begründen Rosenberg/Schwab ihre Auffassung mit Hilfe der Auslegung der Wiederaufnahmevorschriften in historischer und objektiver Sicht. [134] Sie legen dar, daß diese Bestimmungen eine abschließende Aufzählung der Wiederaufnahmegründe enthalten würden, da die in § 586 ZPO gesetzten Notfristen ihren Sinn verlören, wenn nach ihrem Ablauf noch Klagen nach § 826 BGB erhoben werden könnten, die praktisch zu den gleichen Ergebnissen führen, wie die Restitutionsklage.

Die wohl entschiedenste Gegnerschaft, die Rechtskraft mit Mitteln des materiellen Rechts zu bekämpfen, findet sich bei Baumbach/Lauterbach. [135] In geradezu beschwörenden Formulierungen wird dargelegt, daß die von RG und BGH übernommenen Grundsätze zu "schikanöser Vermehrung und Verteuerung des Prozessierens und zu bodenloser Rechtsunsicherheit" führen. Sie gipfelt in der materialischen Feststellung, daß die unter Führung des Reichsgerichts entwickelte Lehre zwar "verlockend" klinge, aber abzulehnen sei, da sie "als juristische Knochenerweichung verderblich" wirke.

---

133) vgl. Thomas/Putzo a.a.O., § 322 ZPO, Anm. 9f.

134) vgl. Rosenberg/Schwab a.a.O., § 163, II, 2.

135) vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., Einf. vor §§ 322-327 ZPO, Anm. 6B-D.

6.3 Vergleich der Alternativmöglichkeiten mit § 19 AGBG

Die Gegenüberstellung der aufgeführten Alternativen zeigt als erstes, daß in diesem Rahmen die Klage nach § 826 BGB auszuscheiden und abzulehnen ist, da sie nicht nur eine Bedrohung der Rechtssicherheit darstellt, sondern wegen ihres unabwägbaren Ermessensspielraumes letztlich auch keine materielle Gerechtigkeit im Einzelfall zu garantieren vermag, sondern vielfach wiederum zu Ungerechtigkeiten führen würde.

Die in diesem Zusammenhang aufgestellten höchstrichterlichen Thesen und ihre Begründung stimmen nämlich bedenklich. Zwar weniger deshalb, weil sie die Rechtskraft unterlaufen und damit die Rechtssicherheit, einen der tragenden Grundsätze unserer Rechtsordnung, angreifen. Es kann nämlich einfach nicht übersehen werden, daß das Festhalten an Rechtskraft und Rechtssicherheit so manches Mal zu grober Unbilligkeit und Ungerechtigkeit im Einzelfall führt, so daß Abhilfe dringend geboten ist. Die Mittel, mit welchen diese Hilfe angeboten wird, erscheinen jedoch ungeeignet, da sie nicht klar abgrenzbar sind, sondern in sich selbst wiederum den Kern höchster Rechtsunsicherheit bergen. Ihre Anwendung aus dem gewiß begrüßens- und unterstützenswerten Gedanken heraus, in eng begrenzten Sonderfällen der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug vor der Rechtssicherheit einzuräumen, kann gerade ins Gegenteil ausschlagen und neue Ungerechtigkeit im Einzelfall, nämlich

gegenüber dem jeweiligen Prozeßgegner heraufbeschwören. Wer soll nämlich entscheiden, in einer Weise, die über jeden Zweifel erhaben ist, welche Gründe es sind, die die Ausnutzung eines unrichtigen Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen? Hier hilft letztlich auch die BGH-Formulierung nicht weiter, daß es sich um Umstände handeln müsse, die die Zulassung der Verwertung des Urteils in besonders hohem Maße unbillig oder geradezu unerträglich machen. Denn, was ein Richter als unerträgliche Unbilligkeit ansieht, wird ein anderer als zumutbares Opfer an die rechtsstaatlich gebotene Respektierung rechtskräftiger Gerichtentscheidungen ansehen. Solche, von subjektivem Empfinden abhängige Ermessensentscheidungen sollten nicht zum Maßstab für den Bestand oder Nichtbestand eines rechtskräftigen Urteils gemacht werden. Hier scheint vielmehr das gesetzte Recht der Gerechtigkeit dienlicher zu sein, weshalb auch in Fällen groben Mißbrauchs dem Betroffenen durch die Bestimmungen der Nichtigkeits-, Restitutions- und Vollstreckungsabwehrklage ausreichende Hilfe zuteil werden kann.

Nächstmögliches Denkmodell wäre die Abänderungsklage nach § 323 ZPO, die der Vollstreckungsabwehrklage ähnlich ist, da die Zulässigkeit der einzelnen Einwendungen ebenfalls vom Zeitpunkt ihres Entstehens abhängt. Eine weitere Ähnlichkeit liegt darin, daß die Abänderungsklage bei Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen möglich ist, also bei Verpflichtungen zu einem andauernden Verhalten, was bei einem Unterlassungsgebot ebenfalls gefordert wird. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung beider Klagen resultieren wohl

in erster Linie daraus, daß die Gesetzessystematik dem Verhältnis beider Bestimmungen zu wenig Beachtung schenkt. Vom Wortlaut und Tatbestand her läßt sich daher eine überzeugende Unterscheidung und Trennung nicht gewinnen, vielmehr ist auf die Zielrichtung beider Klagen abzustellen. Deshalb wird bei Stein/Jonas entgegen der früheren Auffassung nun die Meinung vertreten, daß Klagen nach § 323 ZPO und § 767 ZPO einander ausschließen, [136] weil im Rahmen von § 323 ZPO nur solche Verhältnisse eine Rolle spielen, die sich von vorneherein als wandelbar darstellen, deren Änderungen sich aber regelmäßig erst im Laufe der Zeit entwickeln, da es sich um wirtschaftliche Änderungen handelt, die in der Person einer Prozeßpartei, eines Dritten oder in den allgemeinen Verhältnissen eintreten. Es wird also darauf abgestellt, welche typischen Fälle "nach der gesetzgeberischen Intention" [137] von § 323 ZPO erfaßt werden sollen. Diese Erkenntnis, übertragen auf die Klage nach § 19 AGBG, führt zu dem Ergebnis, daß durch sie die Klage nach § 323 ZPO ausgeschlossen wird. Ein von einer Unterlassungsentscheidung nach § 13 AGBG abweichendes BGH-Urteil ist nämlich kein von vorneherein wandelbarer Umstand, der die Leistungsfähigkeit und Leistungsverpflichtung der Prozeßparteien beeinflußt.

---

136) Die Auffassungen im Schrifttum zu dieser Frage sind geteilt. Mit Stein/Jonas/Schumann/Leipold konform gehen z.B. Rosenberg/Schwab a.a.O., § 159, V und Thomas/Putzo a.a.O., § 323 ZPO, Anm. 1; für ein Nebeneinander beider Klagen stimmen Baumbach/Lauterbach/Hartmann a.a.O., § 323 ZPO, Anm. 1.

137) Stein/Jonas/Schumann/Leipold a.a.O., § 323 ZPO, Anm. III, 2.

Dagegen ist zu berücksichtigen, daß die Abänderungsklage auf die Veränderung der entscheidungserheblichen Verhältnisse abstellt, wobei unter "Verhältnissen" allein Tatsachen zu verstehen sind, nicht aber ihre rechtliche Beurteilung. Eine Änderung der Rechtsprechung beruht jedoch gerade auf einer anderen, neuartigen Beurteilung von Tatsachen, ohne daß letztere sich geändert haben müssen. Die Zulassung einer Klage gegen gerichtliche Entscheidungen mit dem Einwand, daß die rechtliche Wertung und Beurteilung von Tatsachen sich geändert habe, muß aber auch die Erfordernisse der Rechtssicherheit berücksichtigen, weshalb einem Rechtsbehelf, der - wie die Abwehrklage nach § 19 AGBG - den Bestand der ursprünglichen Entscheidung garantiert, also die Rechtskraft nicht beseitigt, gegenüber anderen, die die Rechtskraft angreifen, der Vorzug zu geben ist.

Eine weitere Möglichkeit stellt die Restitutionsklage dar, und zwar die Ziffer 6 von § 580 ZPO, die darauf abstellt, daß ein Urteil, auf welches eine den Restitutionskläger belastende Entscheidung begründet ist, durch ein anderes, rechtskräftiges Urteil aufgehoben wurde. Ein enger Zusammenhang mit den Voraussetzungen von § 19 AGBG besteht hier deshalb, weil die Restitutionsgründe schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das belastende Urteil ergeht, bestehen dürfen, wenn nur den Restitutionskläger kein Verschulden an ihrer Nichtgeltendmachung im Vorverfahren trifft. Wegen dieser Ähnlichkeiten wird § 19 AGBG verschiedentlich auch als "ein dem Wiederaufnahmeverfahren vergleichbares Rechtsinstitut" [138] angesehen.

---

138) Koch/Stübing a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 1; ähnlich Schlosser/Coester/Graba a.a.O., § 19 AGBG, Rd. Nr. 3.

Dennoch liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 19 AGBG darin, daß die Möglichkeit, die Restitutionsklage zu erheben, davon abhängt, ob den Kläger ein Verschulden daran trifft, den Restitutionsgrund nicht schon früher geltend gemacht zu haben. § 582 ZPO bestimmt nämlich, daß die Restitutionsklage rein subsidärer Natur ist, so daß sie nur erhoben werden kann, wenn der Restitutionsgrund nicht mehr durch ein Rechtsmittel in das Verfahren eingeführt werden kann. Dies trifft, wie ausgeführt, auf die Abwehrklage nach § 19 AGBG nicht zu, sie kann vielmehr auch anstelle eines gegen die angegriffene Entscheidung möglichen Rechtsmittel erhoben werden. Außerdem kommt es nicht darauf an, ob den Abwehrkläger ein Verschulden an seiner Unkenntnis trifft, wenn das abweichende BGH-Urteil, auf das er die Abwehrklage stützt, schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Unterlassungsurteil ergangen ist, erlassen wurde. Entscheidend ist vielmehr, ob das BGH-Urteil zu diesem Zeitpunkt veröffentlicht war oder nicht. [139] Ist dies nicht der Fall, dann hat der Kläger nach § 19 AGBG gegenüber dem Restitutionskläger die bessere Position. Er muß nämlich nicht sein fehlendes Verschulden bezüglich der Nichtkenntnis des BGH-Urteils nachweisen, sondern der Abwehrbeklagte muß dartun, daß der Kläger das fragliche Urteil schon vor Schluß der mündlichen Verhandlungen im Unterlassungsverfahren trotz Nichtveröffentlichung gekannt hat.

---

139) vgl. oben Ziff. 4.3.3.

Schließlich liegt ein bedeutsamer Unterschied zwischen den beiden Klagen auch darin, daß die Restitutionsklage die Aufhebung des früheren Urteils mit rückwirkender Kraft bezweckt, während die Klage nach § 19 AGBG nur die Beseitigung der Vollstreckbarkeit anstrebt, den festgestellten Anspruch aber nicht berührt. Dies ist insofern von Bedeutung, als das die Klage nach § 19 AGBG eröffnende abweichende Urteil das Gericht eines Individualprozesses nicht bindet, sondern der Richter selbst zu entscheiden hat, ob er dem ursprünglichen Unterlassungsurteil oder der abweichenden Entscheidung folgen will. Es scheint naheliegend, daß hier die Gerichte eher bereit sind, einem Urteil noch Beachtung zu schenken, wenn nur seine Vollstreckbarkeit beseitigt, als wenn es im Zuge des Vollstreckungsabwehrverfahrens völlig aufgehoben wurde. Auf diese Weise vermag eine Unterlassungsentscheidung, auch wenn sie erfolgreich durch eine Klage nach § 19 AGBG angegangen wurde, noch Bedeutung für die Entwicklung der Rechtssprechung zu behalten.

7. Zusammenfassung

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß die Schaffung des AGB-Gesetzes zum Schutze insbesondere des Letztverbrauchers erforderlich war. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind zwar aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht hinwegzudenken, da sie jedoch vom Verwender aufgestellt werden und dadurch häufig zu einseitig dessen Interessen bevorzugen, waren ihnen gesetzliche Schranken aufzuerlegen, weil die richterliche Inzidentkontrolle sich letztlich als nicht effektiv genug erwiesen hat. Um die erforderliche Breitenwirkung des Gesetzes zu garantieren, mußten die materiellen Vorschriften durch einen prozessualen Gesetzesteil ergänzt werden. Die nach dem Muster des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb geschaffene Verbandsklage ist auf jeden Fall der Genehmigung und Kontrolle von AGB durch staatliche Verwaltungsorgane vorzuziehen, da sie einerseits eine Fülle von Individualprozessen ersparen hilft, andererseits aber keine neuen Bürokratien mit dem dadurch notwendigerweise verbundenen Verlust an vertraglicher und wirtschaftlicher Freiheit erfordert.

Der Gesetzgeber hat jedoch zugleich richtig erkannt, daß ein Gegengewicht geschaffen werden mußte, um nicht durch die Einführung der Verbandsklage zwar einerseits die Stellung des Verbrauchers zu stärken, andererseits aber dadurch einzelne Teilnehmer am gewerblichen Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise zu benachteiligen. Die Eröffnung der Vollstreckungsabwehrklage im Falle einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtssprechung trug einmal der

Erkenntnis Rechnung, daß gerade auf dem Gebiet der allgemeinen Geschäftsbedingungen in besonders hohem Maße zur Gestaltung und Fortbildung damit zusammenhängender Probleme beigetragen haben, von welcher Entwicklung man einzelne Teilnehmer am wirtschaftlichen Wettbewerb nicht deshalb auf Dauer ausschließen kann, weil sie einmal zu einem Unterlassen verurteilt wurden, dem andere Mitkonkurrenten nicht unterliegen. Zum anderen wurde aber auch unter den in Betracht kommenden Rechtsbehelfen der am besten geeignete ausgewählt, da er letztlich die Rechtskraft einer einmal ergangenen Entscheidung nicht berührt, sondern durch deren Fortbestehen auch nach Beseitigung der Vollstreckbarkeit gewährleistet, daß eben diese Entscheidung weiterhin für die Rechtsfindung beachtet und berücksichtigt werden kann.

Weiter hat sich herausgestellt, daß zwar die Klage nach § 19 AGBG grundsätzlich den allgemeinen Regeln der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zu folgen hat, daß jedoch die Auslegung dieser neuen Vorschrift wegen der Besonderheiten dieses Rechtsbehelfs und seines Geltungsbereiches wesentliche Unterschiede zu der Klage im Rahmen von § 767 ZPO ergibt.

Zunächst umfaßt der Kreis der Klagebefugten nicht nur Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern, was sich aus einer analogen Gesetzesanwendung ergibt, auch alle kommerziellen

Empfehler. Diese sind nämlich den Verwendern insoweit gleichzusetzen, als ihre Empfehlung von AGB mittelbar ebenfalls kommerziellen Zwecken dient. Die unzumutbare Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes richtet sich in diesen Fällen allerdings nach den Belangen der Empfehlungempfänger. Dieses weitere Klageerfordernis stellt eine Zulässigkeitsvoraussetzung dar, da es dem "rechtlichen Interesse" in § 256 ZPO ähnlich ist und ebenfalls einen Spezialfall des Rechtsschutzbedürfnisses bildet. Daraus ergibt sich aber zugleich, daß die Anforderungen an eine unzumutbare Beeinträchtigung nicht hoch angesetzt sein dürfen, weil für die Vollstreckungsabwehrklage gegen eine Unterlassungsentscheidung ein besonders starkes Rechtsschutzbedürfnis besteht, da das Unterlassungsgebot ein auf Dauer gerichtetes Verhalten fordert und Verstöße dagegen eine ständig neue Vollstreckung zulassen, deren Maßnahmen zudem strafrechtsähnlichen Charakter haben.

Die Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats, welche die Klage nach § 19 AGBG eröffnet, muß eine Sachprüfung der strittigen Klausel enthalten, weshalb ein nichtstreitiges Urteil, das eine dem Unterlassungsurteil widersprechende Entscheidung beinhaltet, nicht ausreicht. Auch auf einen Vergleich kann die Abwehrklage nicht gestützt werden, da er keine Gerichtsentscheidung darstellt und ihm die erforderliche Verbindlichkeit fehlt, weil er nicht in Rechtskraft erwächst. Soweit jedoch eine abweichende höchstrichterliche Entscheidung die Vollstreckungsabwehrklage zuläßt, muß sie nicht in einem Verfahren im Rahmen von § 13 AGBG ergangen sein, sondern kann auch auf einem Individual-

prozeß beruhen. Denn auch in einem Individualprozeß, dessen Ausgang von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer AGB-Klausel abhängt, muß das Gericht, wenn es die Wirksamkeit der Klausel bejaht, dies in den Urteilsgründen darlegen, was nichts anderes bedeutet, als daß es die Verwendung der strittigen Klausel "nicht untersagt". Schließlich muß die abweichende Entscheidung im Gegensatz zu § 767 Abs. 2 ZPO nicht erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Unterlassungsurteil ergangen ist, verkündet worden sein. Es kommt vielmehr darauf an, daß sie dem Kläger der Vollstreckungsabwehrklage erst nach diesem Zeitpunkt zugänglich geworden ist. Der Begriff "nachträglich" in § 19 AGBG ist nämlich auch in Bezug auf die Person des Klägers zu sehen, da der Anwendungsbereich eines dem Interessenausgleich zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit dienenden Sondertatbestands nicht allein von dem rein zufälligen Zeitpunkt des Erlasses einer Gerichtsentscheidung abhängen kann, sondern auch in Zusammenhang mit der Person dessen, dem Gerechtigkeit widerfahren soll, stehen muß.

Das Unterlassungsverfahren, gegen dessen Entscheidung sich die Klage nach § 19 AGBG richtet, muß noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sein. Der verurteilte Verwender hat vielmehr die Wahl, ob er gegen das Unterlassungsurteil ein allgemeines Rechtsmittel einlegen oder die Vollstreckungsabwehrklage erheben will.

Diese Wahlmöglichkeit trägt vor allem dazu bei, den eigenen Gerichtsstand nicht wechseln zu müssen, was eine erhebliche Verminderung des Kostenrisikos bedeutet.

Die Entscheidung des Unterlassungsverfahrens braucht ferner nicht aufgrund streitiger Verhandlung ergangen zu sein, sie kann auch in einem Anerkenntnisurteil oder Vergleich bestehen. Lediglich gegen Versäumnisurteile kann die Klage nach § 19 AGBG sich nicht richten, solange noch der Einspruch zulässig ist. Im Gegensatz zu § 767 ZPO ist die Vollstreckungsabwehrklage nach dem AGBG auch gegen einstweilige Verfügungen, die einem in der Hauptsache ergangenen Urteil gleichzusetzen sind, zulässig, da § 19 AGBG auch im Verhältnis zu § 927 ZPO einen Spezialtatbestand bildet; eine Änderung der Rechtssprechung ist nämlich kein "besonderer Umstand" im Sinne von § 927 ZPO. Vor allem aber fehlt dem Behelf nach § 927 ZPO die Wirkung des § 21, S. 2 AGBG.

Ferner bewirkt die im Unterlassungsurteil abweichende höchstrichterliche Entscheidung keine Bindung des für die Vollstreckungsabwehrklage zuständigen Gerichts, sie beseitigt vielmehr lediglich die in § 21 Satz 1 AGBG festgeschriebene Bindungswirkung der Entscheidung im Verfahren nach § 13 AGBG. Dadurch ist gewährleistet, daß die Rechtssprechung nicht erstarrt, sondern in der Lage bleibt, bei Würdigung gegensätzlicher gerichtlicher Erkenntnisse den Erfordernissen, wie auch den gebotenen Schranken des modernen Wirtschafts- und Geschäftslebens gerecht zu werden.

Die Klage nach § 19 AGBG kann auch erhoben werden, wenn sich die Gesetzgebung in Fragen der Unzulässigkeit bestimmter Klauseln ändert, aus Gründen der Rechtssicherheit ist sie jedoch unzulässig in Fällen des Ausgleichs durch eine dem Kunden vorteilhafte Klausel oder bei einem Wechsel der allgemeinen Anschauung. Letztlich ist die Abwehrklage nicht analog zugunsten der klageberechtigten Verbände anwendbar, da hierfür unter Zugrundelegung von Sinne und Zweck der Vorschrift kein Bedürfnis besteht.

Abschließend ist festzuhalten, daß die vielfach gegen die Vorschrift des § 19 AGBG vorgetragenen Bedenken weitgehend unbegründet sind, daß diese Bestimmung vielmehr einen berechtigten Platz innerhalb des AGB-Gesetzes einnimmt. Ihre engherzige Auslegung und Anwendung wäre verfehlt, da sie ein notwendiges Korrektiv einseitig belastender Entscheidungen darstellt, ohne eine echte Gefahr für die Rechtssicherheit zu bilden, weil sie die Rechtskraft des angegriffenen Urteils unberührt läßt. Darüber hinaus vermag ihr Inhalt gegenüber Unterlassungsverpflichtungen [140] vielleicht eine Wende zugunsten der materiellen Gerechtigkeit herbeizuführen, indem er eine Abkehr von der bisherigen allgemeinen Auffassung bewirkt, daß eine Änderung der Rechtssprechung aus

---

140) Diese erfordern aber wegen der umfänglichen Vollstreckungsmöglichkeiten des Gläubigers einen intensiven Rechtsschutz des betroffenen Schuldners.

Gründen der Rechtssicherheit die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage nicht erlaube. Wenn es gelänge, auf dem Boden von § 19 AGBG die im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit wünschenswerte Zulassung der allgemeinen Vollstreckungsabwehrklage bei Änderung der Rechtssprechung zu erreichen, so käme § 19 AGBG bahnbrechende Wirkung zu und die Meinung, daß seine "praktische Bedeutung denkbar gering" [141] sein wird, wäre auf überzeugende Weise widerlegt.

---

141) Palandt/Heinrichs a.a.O., § 19 AGBG, Anm. 1.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 29.9.1936 in München, als zweites von drei Kindern des Kaufmanns Ewald Kellner und seiner Ehefrau Maria, geb. Scheuerl. Nach dem Besuch von vier Jahren Volksschule trat ich im Jahre 1946 in das humanistische Wilhelmsgymnasium in München über und legte dort nach acht Klassen im Juni 1954 das Abitur ab.

Von Herbst 1954 bis Frühjahr 1959 studierte ich an der Universität München neun Semester Rechtswissenschaften und schloß das Studium mit dem Referendarexamen 1959 / I ab. Nach der damals noch erforderlichen Vorbereitungszeit von dreieinhalb Jahren, die ich an Justiz- und Verwaltungsstellen in München ableistete, bestand ich am 30.8.1963 die zweite juristische Staatsprüfung. Beide Examina habe ich mit Prädikat bestanden.

Am 16.9.1963 bin ich in den Dienst der Bayerischen Justiz eingetreten. Zunächst war ich als Gerichtsassessor und Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft München I tätig. Am 16.11.1966 wurde ich zum Amtsgerichtsrat am Amtsgericht München ernannt und am 1.1.1971 zum Ersten Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft München II befördert. Aufgrund einer weiteren Beförderung bin ich seit 1.1.1975 Vorsitzender Richter am Landgericht München I und derzeit Vorsitzender einer Zivilkammer.

Wolfgang Kellner